UNIVERSITE DE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1933-1934

Essai sur la notion de cause en droit administratif français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

GEORGES VEDEL

Lauréat de la Faculté

Licencié ès-lettres (Philosophie)

Ancien secrétaire de la conférence des avocats stagiaires
du Barreau de Toulouse

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, *Rue Soufflot, PARIS, 5e*
1934

UNIVERSITE DE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1933-1934

Essai sur la notion de cause en droit administratif français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

GEORGES VEDEL

Lauréat de la Faculté

Licencié ès-lettres (Philosophie)

Ancien secrétaire de la conférence des avocats stagiaires
du Barreau de Toulouse

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e
1934

FACULTE DE DROIT DE TOULOUSE

HONORARIAT

MM. Houques-Fourcade, ✻ O., doyen honoraire.
Rouard de Card, ✻, Professeur honoraire.
Declareuil, ✻, professeur honoraire.
Gheusi, ✻ O., professeur honoraire, recteur de l'Académie de Toulouse.
Mestre, ✻, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris.
Clavelier, secrétaire honoraire.

PROFESSEURS, AGREGES ET CHARGES DE COURS

MM. Cézar-Bru, ✻ O., doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours de procédure civile.
Thomas, professeur de Droit romain.
Magnol, ✻, professeur de Droit criminel.
Perreau, ✻ O., professeur de Droit civil.
Ricol, professeur de Procédure civile, mis à la disposition M. le Ministre des Affaires Etrangères.
Maury, professeur de Législation comparée, assesseur du Doyen.
Plassard, ✻, professeur de Droit civil.
Hauriou, professeur de Droit constitutionnel.
Devaux, professeur de Droit international public.
Boyer, professeur de Droit romain.
James, professeur de législation française des finances et de science financière.
Gabolde, ✻, professeur de Droit commercial.
Brethe de la Gressaye, professeur chargé d'un cours de Droit civil.
Charlier, agrégé, chargé du cours de Droit administratif.
Byé, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.
Fourgeaud, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.
Richardot, chargé du cours d'histoire générale du droit français.
Laporte, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

R.UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Président de la Thèse..... M. A. Hauriou, *professeur.*

Suffragants ..... M. Plassard, *professeur.*
M. Charlier, *agrégé.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

Conformément à son titre, cette étude ne traite que de droit administratif français, à l'exclusion de tout ce qui concerne le droit constitutionnel, ou le droit public général.

Ce travail ne comporte pas davantage d'étude d'histoire du droit ou de droit comparé, à l'exception de quelques notions indispensables.

Introduction Générale

Si un problème clairement posé est à demi résolu, il faut reconnaître que le problème de la cause en droit administratif est loin de sa solution. On peut même se demander s'il existe réellement, et si, plus heureux que ceux de droit privé, les juristes de droit public n'ont pas simplement à enseigner qu'il n'est pas de place pour la notion de cause en droit administratif français. Ce faisant, il semble qu'ils ne commettraient qu'une erreur de fait bien légère, puisqu'une dizaine de décisions jurisprudentielles à peine mentionnent la notion de cause, et encore dans des cas où cette expression n'a rien de bien mystérieux et est utilisée comme un synonyme commode d'autres expressions se rapportant à la jurisprudence de l'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir.

Au surplus, la réflexion semble venir corroborer cette première opinion. La notion de cause est une notion du droit privé. Elle tire son existence légale des articles du Code qui y font allusion. Est-elle utile? Ne fait-elle pas double emploi avec d'autres notions ? Voilà ce dont on n'est même pas sûr. En tous cas, au milieu des théories qui ont cours, touchant cette notion, il est bien difficile de prendre parti. Le plus clair de la discussion semble être que la cause exprime un rapport entre deux obligations réciproques dans les contrats synallagmatiques et permet le contrôle de la moralité de l'acte dans toutes les conventions. Or, en droit public, la plupart des actes sont unilatéraux; l'idée de l'interdépendance des deux obligations nées d'une convention leur est étrangère. Pour le contrôle de la moralité ou de la licéité, il existe une notion, celle du but, et un procédé contentieux, le

détournement de pouvoir qui, en assurent le fonctionnement. Si donc la notion de cause doit jouer un rôle en droit public, c'est en tant qu'identifiée à celle du but. Comme par ailleurs un changement de vocabulaire serait inutile en la matière, il est sans intérêt de nommer théorie de la cause la partie du droit administratif qui a trait au rôle du but et des motifs dans l'acte de droit public.

Si pourtant de savants juristes, si le Doyen Hauriou, si Duguit, si M. Jèze, si M. Bonnard ont consacré à cette question de la cause quelques réflexions — ne fût-ce que pour conclure négativement — c'est que le problème n'est pas aussi simple qu'il apparaît dans le raisonnement qu'on vient de faire. Et sa difficulté provient précisément de ce que la notion de la cause qui s'est développée dans le contentieux administratif ne correspond pas à ce que l'on pouvait attendre *a priori*. Ce n'est pas dans le contentieux du détournement de pouvoir qu'elle est apparue, mais dans celui de l'erreur de fait; ce n'est pas au but de l'acte qu'elle correspond, mais à l'idée du « fait » objectif.

Il faut noter ici un phénomène juridique qui, à lui seul, confèrerait de l'intérêt au problème de la cause en droit administratif : c'est en tant que procédé contentieux, en tant que moyen technique que la jurisprudence a fait appel à la notion de cause. C'est des nécessités contentieuses que dérive l'introduction de ce concept dans notre droit administratif. Que malgré la tendance naturelle de la jurisprudence administrative à l'autonomie par rapport aux notions du droit privé, ce soit à l'idée romaine de la *causa civilis*, que le Conseil d'Etat fasse appel pour résoudre une difficulté de technique, voilà qui est significatif.

Dans quels termes se posait, au surplus, pour le Conseil d'Etat, la question qui lui a donné l'occasion de faire une place à l'idée de cause ? Il faut le dire brièvement, dès maintenant.

Le recours pour excès de pouvoir se différencie chaque jour davantage du recours en cassation civile. La distinction du fait et du droit que l'on a cru parfois devoir lui appliquer comme on l'applique au recours en cassation n'a plus cours aujourd'hui. Si le Conseil d'Etat est juge de la légalité des actes qui lui sont déférés par la voie du recours pour excès de pouvoir, aucune règle ne lui interdit, comme à la Cour de Cassation, de connaître du « fond » des affaires. Il est juge du fait comme du droit sous la réserve du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Il va de soi que les choses ne sont pas aussi simples que cela, et notamment que le Conseil d'Etat ne s'est pas toujours reconnu des pouvoirs étendus sur l'examen du fait. C'est à la suite d'une longue évolution et d'un long travail jurisprudentiel et doctrinal que ces principes se sont fait jour, et encore leur netteté est-elle diminuée du fait de l'existence du pouvoir discrétionnaire qui vient limiter le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Quoiqu'il en soit, il est constant que le Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir n'est pas directement juge du fait. Il ne l'est qu'en tant que le fait influe sur la légalité de l'acte, notion qui est à la base du recours. Ceci implique qu'il doit y avoir un lien de droit entre les faits et les actes administratifs. Pour rendre compte de cette liaison juridique, le Conseil d'Etat emploie divers procédés qui apparaissent comme des procédés de technique contentieuse destinés à intégrer le contrôle de l'erreur de fait dans celui de l'illégalité. Mais leur signification dépasse le domaine de la technique du recours proprement dite, puisque cette intégration ne peut se réaliser qu'en faisant appel à une notion d'ordre théorique liant la légalité de l'acte à l'existence de certaines situation de fait. Or, la cause est un des procédés utilisés aux fins que nous venons de rappeler par le juge de l'excès de pouvoir. *La cause se présente dans le contentieux comme la définition du rap-*

port juridique existant entre l'acte administratif et ses antécédents objectifs.

On se rend compte que la portée de cette observation dépasse la question contentieuse du contrôle du fait dans le recours pour excès de pouvoir, et qu'on doit y voir les bases sinon d'une théorie, du moins les éléments d'un problème propre à résoudre.

Il ne s'agit pas d'interpréter la pensée subjective du Conseil d'Etat, encore moins de dire quelles ont été ses intentions véritables en faisant appel à la notion de cause. Ce serait mal connaître la haute culture juridique de notre grand tribunal administratif que de croire un instant qu'il a pu utiliser la notion de cause sans apercevoir les problèmes qu'elle soulevait; mais cela fût-il que l'on pourrait dire hardiment que cela n'a pas d'importance. Indépendamment de sa valeur pratique, la jurisprudence a une valeur théorique infiniment précieuse, en ce qu'elle révèle l'utilité et l'importance de certaines notions juridiques qui jaillissent spontanément des nécessités pratiques. Si le juge, généralement dégagé des parti-pris doctrinaux fait appel à une notion juridique nouvelle ou inusitée, c'est généralement le signe qu'un problème se pose, que les anciennes techniques ne peuvent résoudre. Ce qui ne veut pas dire que la nouvelle technique a partie gagnée; mais elle correspond presque toujours à un problème qu'il faut résoudre. Que le juge n'ait pas voulu envisager l'aspect d'ensemble de la notion ainsi mise ou remise en circulation par lui et qu'il n'ait entendu que se procurer un procédé commode pour résoudre une question contentieuse délicate, c'est possible, mais le fait garde sa valeur. On peut même dire qu'il gagne en signification puisque c'est des nécessités du droit vivant qu'est née ou qu'est revenue au jour la notion employée par lui à titre de procédé technique.

Ceci pour indiquer tout de suite dans quel esprit nous entendons l'utilisation de la jurisprudence. Nous

faisons une distinction entre la solution jurisprudentielle qui permet de connaître la pensée réelle et subjective du juge et de prévoir les solutions pratiques qu'il donnera à des espèces analogues ou voisines, et l'interprétation scientifique de cette solution, que d'ailleurs, dans bien des cas, le juge esquisse lui-même, interprétation qui essaie de retrouver la règle de droit derrière la solution pratique. Les arrêts consacrant l'imprévision ne sont pas par eux-mêmes du droit; ils sont des solutions pratiques à des problèmes de droit. Mais la systématisation de la jurisprudence de l'imprévision et son explication telles que les formulent les commissaires du Gouvernement et les auteurs tendent à retrouver une règle que l'on applique sans l'avoir *explicitée*. Il ne s'agit pas de droit naturel, mais de droit tout court.

Il n'y a pas de règle de droit si cette règle est contredite par les solutions pratiques de la jurisprudence (à condition que ce soit de façon constante et permanente); mais la règle de droit, ce n'est pas le donné brut jurisprudentiel. Si là où le juge donne une solution pratique en l'expliquant par la théorie de la faute, l'explication par le risque s'avère supérieure, c'est cette dernière qui est la vraie. Comme la la loi, la jurisprudence, source de droit, lie l'interprète par les solutions pratiques qu'elle donne et non par les systématisations théoriques à l'aide desquelles elle les explique.

Il résulte de ceci que, entre plusieurs procédés techniques, il ne s'ensuit pas que le plus fréquent soit le plus exact. Il arrive même que le caractère exceptionnel d'un procédé technique soit révélateur de son exactitude théorique.

Tout ceci pour dire que nous ne nous croyons pas atteint par une objection possible, à savoir que, en donnant à la notion de cause un sens général et d'allure théorique, nous donnons à un aspect jurisprudentiel une importance qu'il n'a pas dans la pensée du juge. Nous tenons ce reproche comme inopérant,

précisément en raison de la place qui, selon nous doit revenir aux explications du juge.

La cause, répétons-le, se présente dans la jurisprudence comme un procédé contentieux destiné à permettre l'intégration de l'erreur de fait à l'illégalité. Voilà la solution pratique constante. Mais la limitation au rôle de procédé technique que la jurisprudence entend assigner à la notion de cause ne nous lie pas. Si, poursuivant le dessein limité de donner une explication valable de la jurisprudence de l'erreur de fait, le Conseil d'Etat a retrouvé quelque grand principe général, il faut le noter sans crainte de voir plus loin que le dessein immédiat du juge. La vérité théorique retrouvée fait oublier le but pratique, seul recherché d'abord, de même que la découverte de l'Amérique a fait oublier la route des Indes par l'Ouest, qui était le dessein essentiel de Christophe Colomb.

Ces considérations nous dictent notre plan et notre méthode. *C'est dans ses racines contentieuses que nous entendons d'abord rechercher le dessin de la notion de cause en droit administratif.* Nous n'entendons pas par là que nous adopterons toutes les formules jurisprudentielles — ce serait se condamner à faire de la cause une notion secondaire — mais nous adopterons les solutions pratiques de la jurisprudence, nous verrons à quels besoins profonds de la vie juridique elles correspondent. Nous examinerons si dans la liaison des faits aux actes administratifs que révèle la jurisprudence de l'erreur de fait dans le recours pour excès de pouvoir, il ne convient pas de voir l'expression d'une relation juridique fondamentale dont la cause nous donnerait la formule. Eclairé par l'examen de la doctrine, nous essaierons de dégager cette formule. Cet examen nous révèlera des dissymétries choquantes, d'apparentes oppositions entre des notions identiques de droit public et de droit privé. Il nous restera soit à donner la raison logique

de ces contradictions, soit à montrer qu'elles peuvent se résorber dans un effort synthétique.

Notre plan ne vise pas à l'élégance : il nous est apparu que l'essentiel, dans un essai de ce genre, était bien plus de dégager les abords du problème, d'en tracer l'équation que de donner avec une simplicité acquise au détriment de l'exactitude, une solution immédiate. Toute notre première et tous notre seconde partie, consacrées, l'une à « la notion de cause, procédé technique du recours pour excès de pouvoir », l'autre à l'examen de la doctrine, visent à dégager les éléments du problème. Dans notre troisième partie, un examen critique de ces données nous amènera à proposer une formule de la cause et à en essayer l'application sur divers points de droit administratif. Enfin, dans une quatrième partie, nous aurons à préciser la place et le rôle de la notion de cause par rapport à d'autres notions essentielles relatives à l'acte administratif, et surtout à nous poser le problème difficile de savoir s'il y a une notion unique de la cause en droit privé et en droit public et à quelle « constante » de la vie juridique correspond la permanence de cette notion polymorphe, changeante et pourtant foncièrement une, qu'est la cause.

PREMIÈRE PARTIE

La notion de cause
dans la
Jurisprudence de l'excès de Pouvoir.

PREMIERE PARTIE

La notion de cause dans la Jurisprudence de l'excès de Pouvoir.

De ce qui précède, il suit de façon suffisante que pour étudier la place que tient la notion de cause dans la jurisprudence de l'excès de pouvoir, il faut la replacer dans son cadre, de façon à rendre compte exactement de la fonction qu'elle a tendu à assumer en tant que procédé technique.

C'est dans la jurisprudence de l'examen du fait qu'elle est apparue et que son emploi s'est développé; c'est dans cette jurisprudence qu'il faut la prendre, en remontant assez haut pour en dégager le plein sens.

La question de l'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir soulève de très vastes et très difficiles problèmes, touchant notamment à la nature du recours pour excès de pouvoir. Il ne peut être question de les traiter ici que dans la mesure où ce serait susceptible d'éclairer notre sujet. Pour le reste, et notamment pour la jurisprudence touchant à l'examen du fait qui a été, ces dernières années, et, encore tout récemment, très complètement étudiée, il n'est pas de notre dessein de l'exposer complètement, même de façon très large. Ne perdant pas de vue le but final de notre étude, nous sommes parti de cette idée qu'il importait, avant tout, de mettre en lumière les déficiences et les nécessités auxquelles a correspondu l'emploi, par le Conseil d'Etat, de la notion

de cause, parce que rien ne peut être plus révélateur du sens général de cette notion.

Dans les deux premiers chapitres, délaissant l'exposé classique qui eut été ici inutile, sur le recours pour excès de pouvoir, on essaiera de dégager les caractères spécifiques que présentait, pour le Conseil d'Etat, la question de l'examen du fait.

Il nous a paru intéressant de remonter assez haut dans nos explications. C'est ainsi que le premier chapitre est consacré à un examen de la distinction du fait et du droit, envisagée d'un point de vue général.

Nous ne croyons pas que ce soit inutile.

En effet, la question de l'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir est historiquement née de l'idée que, juge de la légalité dans un recours dont le système d'ouvertures s'apparentait à celui de la cassation civile, le juge de l'excès de pouvoir était limité par la distinction entre les questions de fait et les questions de droit.

Or, en tant que procédé limitant la compétence du juge, nous verrons — et c'est la raison d'être de ce premier chapitre — que la distinction du fait et du droit est, en réalité, une notion très malléable et inapte à fonder une limitation de compétence solide.

Cette limitation doit être recherchée, en réalité, dans un principe juridique différent, dont la fonction propre est d'opérer un partage de compétences entre autorité supérieure et autorité subordonnée.

Sur ces bases, on verra s'évanouir la ressemblance entre cassation civile et recours pour excès de pouvoir, le partage de compétence étant fondé, dans l'une sur l'interdiction de connaître du fond des affaires, dans l'autre sur l'existence d'un pouvoir discrétionnaire au projet de l'Administration active, ce qui fera l'objet de notre second chapitre.

Ces préliminaires permettront de placer le problème de l'examen du fait dans son vrai cadre.

Le troisième chapitre sera consacré à l'étude de l'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir, aux divers problèmes qu'elle soulève et aux déficiences qu'elle présente. Les deux derniers chapitres auront trait à l'emploi de la notion de cause dans cette jurisprudence et à son rôle comme procédé technique.

CHAPITRE PREMIER

La distinction du fait et du droit, envisagée d'un point de vue général : son sens, sa portée.

La distinction du fait et du droit est une notion largement utilisée, notamment en procédure. Qu'il s'agisse de délimiter le pouvoir de contrôle de la Cour suprême, ou de partager les compétences entre la Cour d'assises et le jury criminel, on a recours à cette notion pour fixer les diverses zones d'action dans lesquelles doit se mouvoir l'activité du juge.

Ainsi, en dehors de son sens théorique, la distinction du fait et du droit est pratiquement utilisée pour délimiter les compétences, pour tracer des frontières au juge lorsqu'il n'est pas saisi de l'intégralité du litige.

Or, la distinction du fait et du droit est loin d'être une notion immuable. Sa définition logique elle-même n'est pas très nette. Dans la mesure où les faits sont la condition d'application du droit ne s'intègrent-ils pas aux questions de droit ? De plus, on va voir que cette distinction perd son sens dans la mesure où il appartient au juge de créer un droit jurisprudentiel qui transforme les questions de fait en questions de droit. Et ceci ne sera pas dénué d'intérêt pour la suite de cette étude, car on verra que le véritable principe du partage des compétences est autre que la distinction, trop malléable, du fait et du droit. Ceci nous aidera notamment à comprendre pourquoi il ne peut pas y avoir ressemblance sur la question de

l'examen du fait entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation.

Section I

La conception syllogistique de l'acte juridictionnel.

Dans un ouvrage (1) récent et remarquable sur la distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation, l'auteur rappelle la façon dont certains juristes (2) identifient l'acte juridictionnel à un raisonnement syllogistique et en déduisent un critère de distinction du fait et du droit.

« La majeure est formée par la règle de droit applicable. La mineure est constituée par l'affirmation que les faits qui doivent, en l'espèce, être tenus pour constants, remplissent les conditions nécessaires à l'application de la loi.

« Enfin, la conclusion n'est autre que la déduction logique des conséquences qui résultent de cette application de la règle de droit envisagée aux faits du procès. »

M. Marty n'est pas sans marquer une certaine défiance envers cette façon de ramener l'acte juridictionnel au syllogisme et la déclare « artificielle ». Cette méthode surprend, en effet, car sous une apparence irréprochable, elle dissimule ce qui est l'essentiel de la question posée au juge, à savoir: si précisément tels faits sont constants et si, étant constants, ils entrent dans tels cas d'application de la loi. Car on accordera que la difficulté pour le juge n'est pas dans le déroulement du raisonnement, mais dans

---

(1) G. Marty, La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation, *Thèse Toulouse*, 1929.

(2) Cf. par exemple :

Plassard, Des ouvertures communes à cassation et à requête civile, *Thèse Paris*, 1924.

Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, *Rev. Gén. d'Adm.*, 1914-1915.

Guillien, L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, *Thèse Bordeaux*, 1931.

l'énoncé des prémisses. Admettons que la majeure, la connaissance de la loi, soit révélée au juge de façon simple — encore qu'il n'en soit rien dans beaucoup de cas — il n'en reste pas moins que la mineure est d'une redoutable complexité. Le vice du syllogisme est précisément de nous cacher cette complexité, de nous dissimuler cette source d'erreurs, pour attacher l'esprit à considérer une méthode de raisonnement, logique et véridique certes, mais précisément tellement naturelle et inhérente à notre intellect, que sa mise en forme est inutile pratiquement. Ce qui mérite d'attirer l'attention, c'est le moment où l'on risque l'erreur, le sentier broussailleux où l'on peut s'égarer, non la route droite. Or, que sont les difficultés du raisonnement logique auprès de celles que l'on éprouve à la constatation des réalités : la loi et le fait ? Sur cent jugements mal rendus (ce chiffre est tout théorique) y en a-t-il un dont la source soit dans une erreur de logique formelle ?

De sorte que l'on peut reprocher à cette mise en forme, non pas tant sa fausseté absolue que l'illusion qu'elle tend à créer, en faisant un théorème d'une recherche qui emprunte ses caractères beaucoup plus aux sciences naturelles qu'à la géométrie.

Pour l'objet qui nous occupe, elle tend à faire croire notamment que la majeure du syllogisme c'est la question de droit, la mineure la question de fait, et que par la vertu de la déduction, l'intersection des deux plans, droit et fait, se fait selon une ligne nette. Or, il n'est pas vrai que cette séparation soit tellement bien tranchée. Ce serait peut-être vrai dans un droit extrêmement primitif qui, ne reconnaissant que quelques règles simples, les appliquerait aux faits prévus par lui, comme les lois de la nature aux phénomènes qu'elles régissent (3). Mais sitôt sorti de cet état rudimentaire (et d'ailleurs mythique), le droit

(3) Cf. par exemple, dans la loi salique, la façon brutale dont sont « tarifés » les délits : « Si quelqu'un appelle un autre « renard » qu'il

s'organise, se crée un monde à lui, et dès lors prend l'habitude de ne considérer le fait que sous son aspect juridique. De sorte que la difficulté va consister précisément à saisir le fait dans ce qu'il a de juridique. Dans quelle mesure le fait se « subsume-t-il » au droit, pour employer une expression chère aux Allemands ? Telle va être peut-être la plus grande difficulté pour le juge.

Mettons un jugement d'ordre juridictionnel pourtant simple, sous la forme syllogistique. Par exemple:

L'individu coupable de vol est punissable de telle peine.

Or, Pierre est coupable de vol.

Donc, Pierre est punissable de telle peine.

Qui ne voit la complexité de la mineure ? « Pierre est coupable de vol. » Elle renferme l'affirmation d'un fait matériel. Pierre a soustrait telle chose. Elle renferme l'affirmation d'une vérité juridique : que cette soustraction est frauduleuse et constitue un vol. Enfin, elle se prononce sur la culpabilité qui est un élément des plus complexes, comportant des considérations à la fois psychologiques, morales et juridiques. Où se trouve la distinction tranchée de la question de droit et de la question de fait ?

Un point est acquis : Ce n'est pas la mise en forme syllogistique de l'acte juridictionnel qui nous fournira le critérium même vague pour la tracer.

La mineure, nous venons de le voir, est un jugement qui, par sa nature, est complexe. D'une part, le juge, en l'énonçant, affirme l'existence matérielle de certains faits; d'autre part, il déclare que ces faits sont tels que ceux que la loi (ou le droit) vise pour son application. D'où, pour le juge, deux sortes d'erreurs possibles :

Ou bien il peut commettre une erreur en affirmant l'existence matérielle des faits qu'il allègue;

---

paie trois sous d'or » (*Lex Salica* XXX, De Conviciis, 4). Il est évident que pour un droit aussi peu nuancé, on peut parler de syllogisme.

Ou bien il peut, à tort, déclarer que ces faits donnent lieu à l'application de telle règle de droit.

Ces deux ordres d'erreur possibles correspondent à deux opérations d'ordre juridictionnel que les auteurs distinguent : d'une part, la question de fait proprement dite; d'autre part, la question de qualification, c'est-à-dire d'application du droit aux faits. Laissons de côté la première et examinons la seconde pour tâcher de dégager les aspects principaux de cette question de la « subsumtion » ou qualification.

C'est dans cette phase de l'activité du juge que les faits du procès prennent un aspect juridique, que les deux plans du fait et du droit se rejoignent. C'est donc en elle que gît, peut-on penser, le fond de la question de la distinction du fait et du droit. Là où le passage de l'un à l'autre s'effectue, là s'opère aussi leur distinction. En comprenant la nature de l'activité juridictionnelle qui passe du jugement de l'ordre matériel à celui de l'ordre juridique (du Sein au Sollen, dirait l'Ecole Kelsenienne après Ihering), nous comprendrons aussi peut-être comment ces deux ordres se différencient. Examinons à l'aide de quelle opération logique, par quel processus mental se réalise cette intégration du fait au droit. Telle est, actuellement, la question qui se pose.

Les auteurs qui se sont occupés du problème de la qualification (4) voient dans le processus mental qui aboutit à cette dernière un jugement d'identité entre les deux termes, fait et droit. D'une part, le juge détermine par telle méthode juridique loisible (peu importe laquelle) les faits dont l'existence doit entraîner l'application de la règle juridique; d'autre part, il établit l'existence matérielle des faits de la cause. Ayant comparé ces deux termes entre eux, il conclut à leur identité et réalise ainsi automatiquement l'ap-

(4) Cf. par exemple Bernard PERREAU, *De la qualification en matière criminelle.*

plication du droit au fait par le mécanisme d'une équation. C'est par un jugement d'identité que l'on passe du fait au droit, et par un jugement d'identité absolue, c'est-à-dire que, entre le fait prévu par la loi et le fait matériel, il y a un rapport d'égalité.

Quitte à paraître plus pointilleux que de raison sur ces questions d'analyse et de logique, nous avouerons que cette analyse ne nous satisfait pas pleinement. Nous la trouvons inexacte à deux points de vue.

Nous lui faisons grief d'abord de l'expression d'identification qu'emploient certains auteurs à l'égard de l'opération logique qui rapproche l'élément de fait et l'élément de droit. En logique formelle, nous savons bien qu'un jugement dit « d'identité » est autre chose qu'un jugement établissant une coïncidence exacte entre le sujet et l'attribut. Mais c'est ce que le terme d'identité évoque qui nous gêne bien plus que sa signification philosophique. Ce qu'il est exact de constater, dans l'opération de qualification, c'est que le juge classe dans une certaine catégorie de faits visés par la loi, un fait matériel concret, qui est à la fois moins riche que le concept légal qu'on lui applique (puisqu'il n'en épuise pas l'application) et plus riche de tous les détails concrets et juridiquement surabondants qui tiennent à son existence en tant que fait. Le juge est donc amené à comparer entre eux ces deux éléments, à en rechercher les ressemblances, à dire si les différences constatées entre eux sont dirimantes ou non, et finalement à établir un rapport de compréhension entre la catégorie légale et le fait matériel. On peut bien dire qu'il s'agit d'un jugement d'identité, mais dans la mesure où tous les jugements le sont.

On peut nous objecter qu'il s'agit ici d'une querelle de mots. Disons une querelle de vocabulaire. Nous l'eussions volontiers abandonnée si nous n'avions pas cru y voir le symptôme d'une erreur plus grave, celle-là, et qui porte sur la nature même de l'opération de qualification. L'idée d'un jugement d'iden-

tité risque de masquer tout ce que l'opération de qualification renferme de création juridique. Il y aurait dans cette conception : d'une part, le droit qui aurait prévu des circonstances de faits déterminant son application; d'autre part, des faits concrets. Quand l'identité entre les deux « séries » est réalisée, l'application du droit aux faits l'est aussi, automatiquement dans l'esprit du juge.

Il se peut que ce soit l'explication que le juge donne de son activité, après coup, une fois que celle-ci s'est développée. Ce n'est certainement pas celle qui rend compte du développement réel de cette activité.

En réalité, il y a un processus mental beaucoup plus complexe à la base de l'opération envisagée. La loi n'a certes pas établi — c'est une idée banale — un tableau détaillé de toutes les situations de fait qu'elle vise à régler. Elle y perdrait son caractère général; et surtout, elle se heurterait à une impossibilité absolue tenant à ce que la prévision humaine est, par sa nature, finie, et les possibilités de l'expérience concrète infinies dans leurs modalités.

Mais s'il n'y a pas de tableau idéal dressé à l'avance comportant tous les faits possibles, il n'y a pas de déclanchement automatique provoqué par la comparaison entre la table idéale et le fait concret.

L'activité du juge reconquiert donc une valeur propre. Nous allons voir comment elle se manifeste.

Section II

La technique de la distinction du fait et du droit et l'activité du juge.

Il serait étonnant, à vrai dire, que l'analyse classique de l'identification fut entièrement inexacte. C'est bien à un rapport d'identité que le juge doit finir par arriver, mais en réalité cette identité n'est pas constatée entre les deux éléments, fait et droit, à l'état brut. D'ailleurs, *a priori*, cette identification, telle

quelle est impossible, sans un travail préliminaire qui consiste à extraire de l'élément fait et de l'élément droit, deux « schémas » entre lesquels la coïncidence puisse être réalisée. Nous appelons « schémas » à défaut d'expression meilleure les représentations du droit et du fait auxquelles aboutit l'activité du juge, dans son travail de « subsumtion ». Comment ces schémas sont-ils obtenus ? Pour l'élément droit, il s'agit de tirer d'un texte parfois abstrait une règle pratique s'appliquant à une espèce donnée. On y parviendra par une concrétisation de cet élément, c'est-à-dire par l'attribution d'un sens plus précis et moins général à la règle de droit. Par exemple, pour l'application des règles du Code Pénal relatives à l'adultère du mari, le juge recherchera le sens de l'expression « domicile conjugal », en essayant d'énumérer les hypothèses concrètes visées par le texte. Pour l'élément de fait, il s'agit pour le juge non pas de concrétisation, mais au contraire d'abstraction. Il faut élever le fait particulier du procès à la généralité de la loi. Pour cela, il faut en élaguer toutes les circonstances indifférentes au droit; il faut mettre en relief celles qui, au contraire, caractérisent du point de vue légal le fait matériel. Par une concrétisation de la règle de droit, par l'abstraction du fait matériel, le juge obtient ce que nous appelions plus haut les deux « schémas », entre lesquels une identité parfaite peut être réalisée. C'est, croyons-nous, dans ce sens que l'on peut parler d'une identification du fait au droit.

Il n'est pas indifférent de constater que cette identification n'a pas lieu sans un travail préliminaire, car l'examen de ce dernier est fertile en enseignements, notamment en ce qui concerne la démarcation à tracer entre le droit et le fait.

Dans la construction des schémas devant lui permettre d'arriver à une identité finale, on pourrait concevoir que le juge se comporte comme un mathématicien, qui développe deux expressions algébri-

ques différentes pour arriver à établir leur égalité finale. Mais il n'en est rien. Ce que nous disions des caractéristiques du travail du juge : concrétisation de la règle de droit, abstraction du fait matériel, prouve assez qu'en réalité le juge agit autrement. Il ne se contente pas de développer les termes de son problème, c'est-à-dire de les remplacer par leurs équivalents; en réalité, il y ajoute ou il y retranche. De la loi abstraite, il tire une règle précise et concrète par un procédé d'interprétation sur lequel nous reviendrons. Du fait, entouré de toutes ses contingences purement matérielles, il présente un « schéma » dessiné par les seules circonstances intéressant le droit. De plus, il obéit à une finalité qui jette une confusion profonde dans la distinction du fait et du droit. C'est les yeux fixés sur la loi qu'il construit le schéma du fait, et c'est pour une application concrète à certaines circonstances matérielles qu'il construit le schéma légal.

Or, tout ceci aboutit à un évanouissement de la distinction d'ordre logique entre les questions de fait et les questions de droit, sitôt que le juge commence le travail de « subsumtion ».

Il ne saurait être question de nier « en soi » la distinction du fait et du droit : elle est fondamentale et mesure toute la distance séparant ce que les Allemands appellent le « Sein » et le « Sollen ». Il s'agit plus simplement d'examiner comment le juge la met en œuvre au cours du développement de son activité. Nous croyons, en effet, que dans l'acte juridictionnel cette distinction représente pour le juge beaucoup plus un instrument qu'un principe d'activité. La caractéristique de ce fait, c'est que le juge a, dans une large mesure cette distinction à sa disposition. Elle se présente comme une notion élastique qui, sans que le juge commette la moindre atteinte à un principe logique, lui permet de déplacer la frontière du fait et du droit, au mieux des nécessités de son

activité. Nous allons montrer par un exemple ce que nous entendons par là.

Assez récemment, certains tribunaux civils (5) ont eu à résoudre un problème que nous dépouillons volontairement de toute circonstance particulière pour le poser dans sa généralité : « Un testament olographe peut-il valablement être dactylographié ? » L'article 970 du Code Civil dispose : « Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujetti à aucune autre forme. » Essayons de voir comment s'opère la subsumtion du fait du testament dactylographié à la règle légale. Deux questions se posent (en supposant, mise à part la question de l'authenticité matérielle) : 1° Un testament dactylographié est-il « écrit » ? 2° Peut-on dire qu'il est écrit « de la main » de son auteur ? Ces questions sont-elles de droit ou de fait ? Doit-on introduire leur solution dans le schéma de la règle de droit ou dans celui des faits matériels ? A se placer d'un strict point de vue logique, nous pouvons dire qu'on peut indifféremment adopter un parti ou l'autre, ce qui revient à dire qu'il n'y a pas entre les deux de *distinction d'ordre logique*. En effet, la question de savoir si la dactylographie constitue un mode d'écriture à la main peut se trancher en dehors de toute considération juridique. Elle se résout au moyen d'arguments grammaticaux ou historiques. La question de savoir si un testament dactylographié peut être dit de la « main » de celui qui l'a dactylographié, se ramène à celle de savoir si dans la dactylographie la machine a une part supérieure à celle de l'homme, ce qui est surtout une question à résoudre à dire d'experts. Remarquons que cette manière de résoudre le problème est celle qui

---

(5) Cf. Trib. civ. Marseille, 9 juillet 1930, *S.*, 31. 2. 49, note de M. Geny, et *D. P.*, 30. 2. 166. Note de M. Lalou. Sur appel : Cour d'Appel d'Aix, 24 février 1932, *S.*, 34. 2. 1. Note de M. Geny, et *D. P.*, 32. 2. 47., note de M. Lalou.

Cf. également Trib. civ. Rouen, 20 avril 1931, *D. H.*, 31, p. 344.

correspond le mieux à l'idée du jugement-syllogisme. Le texte forme la majeure; la mineure affirme ou nie l'identité de l' « écriture » dont il est parlé au texte avec le procédé de dactylographie ; la conclusion résulte de ce rapprochement.

Il est vrai que la « subsumtion » peut s'opérer d'une seconde manière qui transforme la question posée en question de droit. C'est d'ailleurs à cette dernière manière que s'est arrêtée la jurisprudence des tribunaux civils. La Cour de Cassation n'a pas encore eu, à notre connaissance, à se prononcer sur le problème, mais il n'est pas douteux qu'elle ne le considère comme soumis à son contrôle et donc comme question de droit. Le procédé auquel nous faisons allusion consiste à tirer du texte légal un schéma dans lequel soit résolue la question posée. En somme, au lieu de se demander si la dactylographie constitue un mode d'écriture, on se demande si le mode d'écriture visé au texte peut être l'écriture dactylographiée. On inverse le problème, et on peut le faire en raison du système d'interprétation admis par notre droit, et dans lequel le juge a la possibilité d'interpréter le texte bien au delà de son sens littéral et même parfois de son sens large. Ici, le juge se demandera si le texte peut s'appliquer à l'écriture dactylographiée. Or, si le droit français vivait sous un système d'interprétation, comme celui que voulait imposer la Constituante à nos tribunaux (6), système d'interprétation littérale, deux solutions seulement seraient possibles. Ou le juge poserait la question en droit, et il devrait avoir recours, puisque le le texte ne résout pas littéralement les questions, au référé législatif. Ou plus simplement il considèrerait comme une question de fait le point de savoir si la dactylographie est un mode d'écriture. Dans notre système en vigueur, il opte pour une troisième : de la règle posée par l'article 970, il déduit un schéma correspondant exacte-

(6) Cf. Marty, thèse précitée, pp. 57-67.

ment à l'hypothèse qu'il a à juger. Il suppose que le texte peut, tout au moins dans son esprit, viser cette hypothèse. Soit qu'il se demande quelle est l'intention du législateur de 1804, soit qu'il se demande, suivant le mot d'un juriste, quelle serait son intention actuelle, le juge rattache au texte la solution de la question posée et en fait une question de droit. Les travaux de méthodologie du droit ont fait apparaître le véritable caractère de ce système d' « interprétation constructive » : il s'agit, en réalité, de la création de droit par le juge sous le couvert du principe que la loi est la seule source de droit. Ce n'est pas le lieu de discuter ici ce dernier point, il est assez généralement admis par les auteurs, et nous allons voir qu'il permet d'expliquer le manque de netteté de la distinction du fait et du droit dans l'acte juridictionnel (7).

Si l'on admet, en effet, que, par sa jurisprudence, le juge crée du droit, on comprend que, ainsi que nous le disions plus haut, la distinction du fait et du droit soit en quelque sorte à sa disposition, qu'il en ait, au moins dans une large mesure, la « possession », suivant l'expression du Doyen Hauriou. En effet, créer du droit, c'est soumettre à une norme juridique certaines questions antérieurement non juridiques, c'est donc déplacer la ligne de démarcation posée entre le droit et le fait. De sorte que, pour le juge, la distinction du droit et du fait ne constitue pas toujours un principe d'activité, mais est pour lui parfois le résultat de cette activité, et même l'instrument au moyen de laquelle il l'explique après coup.

---

(7) Les questions relatives aux sources du droit et à leur interprétation ont fait l'objet, en France, d'études approfondies. Citons seulement :

GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Science et technique en droit privé positif.*

HAURIOU, *Aux sources du droit.* (Notamment : Police juridique et fond du droit.)

PERREAU (E.-H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé.*

Cela n'apparaît pas pourtant nettement. Il faut tenir compte d'abord des cas innombrables où le juge est en présence d'un problème résolu depuis longtemps par la jurisprudence ou qui n'offre aucune difficulté. Il est bien entendu qu'il faut étudier l'activité du juge dans une hypothèse nouvelle de subsumtion. Et dans ce dernier cas encore, faut-il tenir compte des obscurités du système d'interprétation dont use le juge.

En effet, *officiellement,* la seule source de droit est la loi écrite; et le droit créé par le juge n'acquiert de force qu'en se rattachant au texte légal. Le droit jurisprudentiel est donc représenté comme une simple interprétation de la loi, comme une déduction qui ne fait que développer les conséquences du principe écrit dans le texte. C'est un droit qui était contenu virtuellement dans la loi, qui en est inséparable, qui lui est consubstantiel, peut-on dire, et qui, comme elle, est donc antérieur à l'activité du juge. La distinction du fait et du droit existait, donc, au moins virtuellement, avant que le juge l'applique à l'espèce concrète. Sans doute, a-t-elle pu donner lieu à des difficultés d'application. Mais comme le fait, par ailleurs, remarquer Michoud, autre chose est d'hésiter et même de se tromper, pour le juge, dans une recherche juridique, autre chose est d'avoir à son égard un certain pouvoir discrétionnaire (8). La difficulté d'appréciation est très différente de la liberté d'appréciation.

Au contraire, admettons que le juge crée du droit et que, par exemple dans une hypothèse telle que celle visée plus haut, son activité aboutisse à poser une règle de droit nouvelle. Le droit nouveau naît, en ce cas, avec l'activité du juge et avec son résultat qui est le jugement. Mais avec lui naît aussi une délimitation nouvelle tracée entre le droit et le fait, qui n'est qu'une conséquence de la création d'une règle juridi-

(8) Michoud, article précité.

que nouvelle. Avant cette création, et en vertu de cette constatation, que tout ce qui n'est pas droit est fait, les problèmes résolus par la nouvelle règle étaient des questions de fait; ce sont maintenant des questions de droit. On voit dans quel sens on peut dire que le juge a à sa disposition la distinction du fait et du droit, et dans quel sens on peut dire que celle-ci est un résultat de l'activité du juge. On comprend aussi comment, dans l'hypothèse jurisprudentielle visée plus haut, nous avons pu dire qu'il était *logiquement indifférent* de poser en fait ou en droit la question de savoir si la dactylographie était un mode d'écriture. C'est qu'en effet, les deux positions se valaient, non pas qu'elles fussent vraies toutes les deux ensemble mais parce qu'elles se rapportaient à des moments différents de l'activité du juge. Envisage-t-on le texte avant le travail d'interprétation constructive du juge, nulle part il ne traite la question; c'est donc une question de fait ; l'envisage-t-on après que le juge y a introduit fictivement le problème que lui-même pose, la question devient question de droit.

Bien entendu, tout ceci comporte des nuances. Il est des cas où le juge ne fait réellement qu'interpréter la loi sans créer du droit nouveau; il en est d'autres, au contraire, où il témoigne d'une indépendance telle à l'égard de la loi qu'il semble lui tourner le dos (par exemple en matière d'intérêts dans les comptes courants). Il suffit que nous ayons montré, précisément, tout ce que ce système d'interprétation, au surplus admirablement souple et fécond, comporte de « construction » et de création pour que nous puissions être fondé à dire que la distinction du fait et du droit ne peut pas être considérée comme un principe d'ordre logique s'imposant comme tel à l'activité du juge, et à l'égard duquel le juge connaîtrait, suivant la distinction rappelée plus haut, des difficultés et non une liberté d'appréciation. Il resterait, il est vrai, à dire quelles sont les limites imposées à cette liberté d'appréciation du juge, car il existe

naturellement des limites. Ce serait se lancer dans une digression fort longue, puisqu'il faudrait se demander comment le juge peut formuler une règle de droit, et dans quelles conditions. Notons pourtant qu'un examen de la jurisprudence convainc que le juge est surtout sensible au caractère général de certains problèmes qui, par cette généralité même appellent une solution uniforme, c'est-à-dire juridique. Il est désirable de traiter la question du testament dactylographié comme une question de droit, parce qu'elle est susceptible de se poser souvent de façon identique, qu'elle appelle une solution uniforme. La résoudre en droit, c'est assurer cette uniformité de deux façons : théoriquement d'abord, car une question résolue en droit l'est, au moins en principe, une fois pour toutes, pratiquement ensuite grâce au contrôle de la Cour de Cassation.

Il semble donc que cette intégration constante des questions de fait aux questions de droit ne puisse guère se poursuivre au delà de la phase de subsumtion, et qu'en particulier la question de la matérialité de fait ne puisse jamais devenir question de droit. Elle y répugne d'abord violemment par sa nature même; ensuite, en admettant que la solution en droit de cette question fut possible, elle serait sans intérêt puisqu'elle ne vaudrait jamais que pour l'espèce à l'occasion de laquelle elle est intervenue. Pourtant la jurisprudence administrative offre précisément un exemple entre cent, dans lequel la question de la matérialité des faits tend à être considérée comme une question de droit. Il s'agit de décisions administratives sur lesquelles nous reviendrons longuement plus loin, et dans lesquelles des fonctionnaires s'étaient vus « mis en congé » « sur leur demande », alors qu'aucune demande n'avait été faite par eux. Dans ces espèces et dans des espèces analogues, le Conseil d'Etat a annulé les décisions fondées sur des faits matériellement inexacts. De nombreux auteurs ont considéré (à tort ou à raison, nous l'examinerons

plus loin) que le Conseil d'Etat n'était pas, ce faisant, sorti du contrôle de la légalité, et qu'en somme la question de savoir si une demande avait été ou non faite par les intéressés était, dans une certaine mesure, une question de droit. Renvoyons à plus loin la discussion complète de ce point, mais remarquons, dès maintenant, qu'il s'agissait d'hypothèses appelées à se reproduire souvent, de questions présentant un caractère de généralité certain puisque, tout en jugeant sur une certaine espèce, le Conseil d'Etat sanctionnait une pratique administrative tendant à se répéter. Non pas encore une fois que l'on puisse attribuer au juge un pouvoir discrétionnaire tel qu'il puisse tout transformer en problème de droit, mais cet exemple montre que cette interprétation extensive du domaine de la loi est pour lui le moyen essentiel d'assurer l'uniforme respect de ses solutions.

Section III

La relativité de la distinction du fait et du droit.

Si les développements précédents sont, dans leur ensemble, exacts, ils conduisent à une conclusion qui ne saurait être indifférente pour la suite de cette étude. Ils nous ont montré, en premier lieu, que la distinction des questions de fait et des questions de droit ne s'opérait pas, de façon automatique, par une décomposition des phases de l'activité juridictionnelle. En second lieu, que cette distinction ne s'opérait même pas de façon exclusivement logique, c'est-à-dire en faisant appel au raisonnement pur et désintéressé, en dehors de toute considération d'ordre pragmatique. Nous avons vu qu'il existait, à notre sens, toute une marge, celle-là même qui correspond à la création jurisprudentielle du droit, dans laquelle le juge possède un certain pouvoir discrétionnaire à l'égard de la distinction du fait et du droit. La conséquence de ceci paraît être que la démarcation qu'un tribunal suprême comme la Cour de Cassation peut

être amené à tracer entre les questions de fait et les questions de droit n'est pas seulement déterminée par des principes juridiques invariables, mais est, de plus, fonction dans une très large part de l'activité pratique de cette juridiction et de la conception qu'elle en a. Le problème qui se pose à l'égard d'une distinction de cet ordre est autant un problème de politique jurisprudentielle qu'un problème de logique juridique. L'étude de M. Marty le prouve abondamment en ce qui concerne la Cour de Cassation. Et, comme on a essayé de le montrer plus haut, la souplesse avec laquelle une juridiction suprême pourra utiliser la distinction du fait et du droit et la modifier dépendra elle-même en grande partie du système d'interprétation adopté. C'est dans la mesure même où le juge aura une certaine action, par l'interprétation et par la construction, sur la loi et le droit, qu'il ramènera sous l'empire du droit un plus grand nombre de problèmes.

Dans un ouvrage (9) qui, par d'autres considérations, arrive sur ce point à des conclusions voisines des nôtres, M. Goldenberg va jusqu'à écrire : « Une inspiration politique, un souci variable de cohésion étatique, président ainsi à l'institution des juridictions limitées au contrôle de l'erreur de droit. Et la distinction du fait et du droit n'apparaît plus que comme un procédé technique mis au service de cette inspiration politique, subissant son influence et variant avec elle. Il n'y a pas une distinction logique et immuable du fait et du droit, il y a des délimitations arbitraires, qui résultent de la répartition des compétences qu'on a voulu faire dans chaque cas. »

On peut être tenté d'accepter pareille conclusion et cependant l'esprit ne se satisfait pas de voir ainsi diluée, effacée, et mise au rang d'un simple procédé technique utilisable « arbitrairement » une distinction aussi primordiale que celle du fait et du droit.

---

(9) Goldenberg, Le Conseil d'Etat juge du fait. *Thèse Paris*, 1932.

Est-ce à dire qu'il n'y ait pas de barrières entre le domaine de la norme juridique et celui du fait social ou matériel à l'état pur ? A vrai dire, si divisée que soit la littérature juridique sur la nature de la règle de droit, nul ne soutient cela. D'où vient donc que cette distinction qui semble gouvernée par les règles de l'immuable logique s'évanouisse ou plutôt, se métamorphose sitôt qu'on essaie d'en faire usage pour régir le développement de l'activité juridictionnelle ? C'est que le contenu du droit n'est pas fixé une fois pour toutes et que, précisément, cette activité juridictionnelle est susceptible, sous la fiction de l'interprétation jurisprudentielle, de le modifier. Le concept de règle de droit ne change pas, n'est pas contingent, mais le contenu de la règle est variable, et avec lui la délimitation entre les questions de droit et les questions de fait.

Avant l'opération juridictionnelle, après cette opération, et même pendant, pour les espèces dont la solution est connue à l'avance, la distinction du fait et du droit est parfaitement logique, cohérente, invariable, sinon toujours facile à découvrir. Mais dans la phase de l'élaboration du droit jurisprudentiel, elle n'a plus de sens réel, puisque la démarcation entre le fait et le droit dépendra essentiellement de la zone de droit créée par le juge. Cela encore une fois ne se voit pas clairement dans notre système jurisprudentiel, parce que le juge « antidate », si l'on peut s'exprimer ainsi, la solution de droit. Il feint de la découvrir dans la loi, comme si elle y avait été écrite de tout temps, et ceci conserve un sens à la distinction du fait et du droit, qui est présentée, elle aussi, dans ce système comme préexistant à la solution jurisprudentielle. Mais, en réalité, dans un cas pareil, c'est-à-dire dans une hypothèse où il y a vraiment création d'un droit jurisprudentiel, la distinction du fait et du droit est une conséquence de la sentence, non son principe. S'ensuit-il que cette distinction soit un « simple procédé technique » ? A vrai

dire, cette vue serait un peu sommaire, car le terme de « procédé technique » évoque un instrument manié de façon absolument discrétionnaire par le juge. Or, incontestablement, les pouvoirs du juge sont, dans cette matière, limités, et il ne lui appartient pas, même avec un système d'interprétation très souple, de créer toute espèce de règle juridique à volonté, encore moins de contredire — sauf exception — la loi écrite. De plus, pour chaque juridiction ayant à appliquer une directive semblable, elle s'est, à l'usage, concrétisée en règles moins vastes et plus précises. Sans doute, il reste une part d'indétermination, mais elle va se restreignant. Comme pour toutes les règles d'ordre général qui s'appliquent longtemps, on aboutit, dans la matière de la distinction du fait et du droit, à une fragmentation en règles pratiques, moins générales et plus précises, dont la règle primitive constitue le principe.

Tout ceci est dit afin que l'on ne s'exagère pas la portée de ce pouvoir discrétionnaire que possède le juge dans l'application de la distinction du fait et du droit. Il n'en existe pas moins, et les conséquences de cette existence ne sont pas négligeables dans la matière qui nous occupe. Essayons de les résumer dans quelques propositions :

La distinction du fait et du droit, en tant que principe de limitation de la compétence d'une juridiction, est appliquée par le juge avec un certain pouvoir discrétionnaire. Elle est, dans une certaine mesure, fonction de la politique jurisprudentielle suivie par le juge.

Partant, la distinction du fait et du droit, toujours comme principe de limitation de compétence, aboutit à des applications pratiques différentes suivant les époques et suivant les juridictions.

Ces différences dans la mise en œuvre ne proviennent pas des conceptions différentes du *sens juridique* de la distinction du fait et du droit, mais de concep-

tions différentes de son *utilisation* et de la limitation des compétences qui doit en résulter (sinon, entre diverses interprétations de son sens juridique, une seule serait exacte et les autres fausses). Ces différences correspondent à une conception identique d'un principe et à des usages différents, et tous valables, d'un certain pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de ce principe.

Ceci posé, on comprend que, lorsqu'on a à étudier la question ainsi classiquement posée de l'examen du fait par le Conseil d'Etat, dans le recours pour excès de pouvoir, on ne peut omettre de se référer à la pratique et aux principes de la Cour de Cassation, dans une manière analogue. On comprend aussi l'importance qu'il y a à se demander si le problème se pose de façon identique pour les deux juridictions, si l'une et l'autre vont, par suite, user de la même façon de cette distinction. Retenons aussi que, en tant que barrière opposée à l'investigation du juge, cette démarcation du fait et du droit se révèle extrêmement fragile puisqu'elle peut logiquement s'infléchir jusqu'à permettre la connaissance de tout ce qui n'est pas fait matériel à l'état pur. Nous aurons à voir dans le chapitre suivant si, précisément, la résistance de cette notion dans son rôle de limite opposée à l'activité du juge ne tient pas à un élément extérieur à elle et n'est pas indépendante de sa force propre. En ce cas, ce n'est plus sur elle qu'il faudrait mettre l'accent et porter nos investigations, mais sur cet élément qui l'étaye et l'empêche de céder.

CHAPITRE II

Le partage des compétences dans le pourvoi en cassation civile et dans le recours pour excès de pouvoir.

En vertu d'une tendance qui existe, en droit, comme dans toute autre science, et qui s'efforce de ramener le plus possible à l'unité la diversité des phénomènes, il était inévitable que l'on essayât de ramener l'un à l'autre deux recours contentieux qui se ressemblent : le recours administratif pour excès de pouvoir et le pourvoi civil ou criminel en cassation.

L'un et l'autre ont pour résultat l'annulation de décisions rendues par des autorités ou des tribunaux subordonnés; l'un et l'autre constituent un contrôle de la légalité. Voilà résumés schématiquement les arguments des tenants de cette thèse.

Le tout est naturellement de s'entendre. Veut-on souligner la ressemblance indéniable de deux recours contentieux, l'un dans l'ordre civil, l'autre dans l'ordre administratif, on ne peut que souscrire à pareil dessein. A condition cependant que, donnant leur juste valeur aux différences corrélatives, on veuille bien ne pas confondre le contentieux de la cassation et celui de l'excès de pouvoir. Comme le fait justement remarquer le Doyen Duguit, les erreurs théoriques sont graves en ce qu'elles portent en elles des conséquences d'abord insoupçonnées qui se développent plus tard

dans l'ordre pratique. Or, d'une assimilation aveugle des deux recours, plusieurs erreurs sont découlées dans l'ordre administratif, les unes relatives à la notion même de l'excès de pouvoir qu'on a voulu faire exactement coïncider avec la notion d'illégalité, les autres à la technique du recours. Parmi ces dernières signalons-en deux : l'une réside, par un curieux retour de la logique méprisée, dans une confusion entre le Conseil d'Etat, juge de la Cassation (1) et le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir. L'autre tient à l'objet même de cette étude et consiste à croire, en matière d'examen du fait, que la position du Conseil d'Etat, dans le recours pour excès de pouvoir, est analogue à celle de la Cour de Cassation. Cette dernière erreur nous intéresse particulièrement parce qu'elle tend à créer une symétrie entre les deux jurisprudences, administrative et civile, qui n'est certes pas dans les arrêts. Pour satisfaire à une vue théorique sur l'identité des deux voies de recours, on est amené à minimiser l'importance et l'indépendance de la jurisprudence administrative (2).

Notre dessein est, non pas d'étudier à fond la fond la nature et la technique des deux recours (cassation et excès de pouvoir) mais d'en dégager les ressemblances et les différences.

---

(1) Nous laissons volontairement de côté tout ce qui concerne le recours administratif en cassation. Mais on sait que celui-ci ne s'est que tardivement dégagé du recours pour excès de pouvoir. Cf. sur ce point :

Paulme, Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat, *Thèse Paris*, 1931.

Et surtout la remarquable thèse de M. de Font-Reaulx sur « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs » (*Poitiers*, 1930). *V.* notamment pp. 57 à 84.

(2) M. Goldenberg montre bien, dans sa thèse, comment l'assimilation du recours pour excès de pouvoir à la cassation était fatale dès que le contentieux de l'annulation se dégageait de celui de la pleine juridiction (*op. cit.*, pp. 131 et suiv.).

Laferrière (*Jur. Am.*, I, p. 6) pose la distinction du fait et du droit. Plus loin (II, p. 379), traitant de l'évolution du recours pour excès de pouvoir, il écrit : « Le recours pour excès de pouvoir s'est

Section I

Les analogies entre l'excès de pouvoir et la cassation : le contrôle de la légalité.

Nous n'insisterons pas sur le premier trait de ressemblance entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation, à savoir que l'un et l'autre ont pour objet l'annulation d'un acte ou d'une décision. S'il fallait marquer les nuances que cette idée comporte, nous aurions, en effet, à étudier et à comparer la technique et les règles particulières des deux recours en ce qui concerne la procédure proprement dite, les actes ou décisions susceptibles de recours, l'autorité de la chose jugée, les effets de l'annulation, la question du renvoi, etc. Tout cela eût manifestement dépassé le cadre de cette étude, et c'eût été un exposé inutile parce que fait de matières bien connues et classiques.

D'ailleurs, sans s'arrêter outre mesure (sauf peut-être dans les ouvrages de droit administratif du XIXe siècle) à cette ressemblance, les auteurs ont été beaucoup plus frappés par la similitude des ouvertures dans les deux recours. Prenons le tableau classique dans les deux matières; nous avons une correspondance assez frappante :

Pourvoi en cassation	*Recours pour excès de pouvoir*
Violation de la loi.	Violation de la loi.
Incompétence et excès de pouvoir.	Incompétence.
Inobservation des formes.	Vices de forme.
Contrariété des jugements.	Détournement de pouvoir.

---

ainsi progressivement transformé en une sorte de pourvoi en cassation. »

Cette assimilation du recours pour excès de pouvoir à un recours en cassation, notamment du point de vue des pouvoirs du juge sur les questions de fait a été soutenue très habilement dans la thèse de

Mettons à part l' « excès de pouvoir » dans le pourvoi en cassation qui est une notion un peu spéciale (3). Nous constatons une ressemblance parfaite des trois premiers « couples » d'ouverture. Il est vrai que les deux dernières ouvertures dans chaque tableau diffèrent entre elles. L'ouverture tirée de la contrariété des jugements est évidemment spéciale à la Cour de Cassation et d'ailleurs aurait un équivalent théorique devant le Conseil d'Etat juge de cassation (4).

Quant au détournement de pouvoir administratif, il n'a guère son équivalent comme ouverture à cassation civile et ceci pour des raisons d'ordre pratique. Comme le dit excellemment M. de Font-Réaulx (5), « le détournement de pouvoir est un vice qui se conçoit plus facilement des actes administratifs que des actes juridictionnels. L'administrateur qui a la charge continue d'un service public accomplit des séries d'actes judiciaires dans un certain but. Soit par faiblesse personnelle, soit même par un intérêt trop zélé pour le service qui lui est confié, il est souvent tenté de se servir des pouvoirs qui lui appartiennent pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui ont été conférés... Au contraire, le juge a pour unique mission de trancher les litiges particuliers qui lui sont soumis d'après une exacte application de la loi. Il n'a pas pour mission d'accomplir des actes de gestion continue d'un service public. Dans ces condi-

---

M. Chalvon-Demersay, sur « L' examen du fait par le Conseil d'Etat (*Paris*, 1922).

Cf. également Berthelemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 1115.

(3) Cf. Waline, La notion judiciaire de l'excès de pouvoir. *Thèse Paris*, 1926.

(4) Cf. Font-Reaulx, *op. cit.*, p. 161.

Et C. E., 3 mai 1850, Doisy de Villargennes, *Rec.*, p. 422.

(5) P. 159.

tions, la notion de but s'estompe dans l'acte juridictionnel. » (6)

D'ailleurs ce n'est pas tant dans une similitude littérale des ouvertures que résiderait, pour certains auteurs, la parenté des deux recours. C'est essentiellement dans le fait que dans un cas comme dans l'autre, les recours sont ouverts contre toute décision entachée d'illégalité.

En ce qui concerne le pourvoi en cassation, il est admis d'une façon très générale par les civilistes (7) que les diverses ouvertures se ramènent toutes à celle de la violation de la loi. L'ouverture civile de l'excès de pouvoir aurait peut-être résisté à cette assimilation, si la Cour de Cassation, par l'interprétation qu'elle en donne (8) n'en avait fait pratiquement une variété de la violation de la loi. D'ailleurs, cette conception de la cassation est traditionnelle, et dès l'origine, c'est-à-dire la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790 (article 3), la violation de la loi est visée parmi les ouvertures à cassation. Quelle qu'ait été à l'origine la défiance des assemblées révolutionnaires à l'égard des corps judiciaires, défiance qui poussa la Constituante à vouloir cantonner le Tribunal de Cassation dans la défense du *texte littéral de la loi*, en excluant de son rôle toute fonction d'interprétation, l'idée d'illégalité a eu vite joué le rôle principal dans le pourvoi en cassation. Comme le dit M. Marty, « l'évolution est complète au moment de la rédaction des Codes napoléoniens et particulièrement du Code Civil. » (9).

---

(6) Evidemment les raisons d'ordre pratique qui justifient l'absence du détournement de pouvoir dans la cassation sont très réelles. Mais elles sont révélatrices de différences fondamentales entre les deux recours. On peut dire que le détournement de pouvoir est le signe que tout, dans le recours administratif, ne peut pas se ramener à la légalité, au moins entendue *stricto sensu*.

(7) Cf. MARTY, p. 83 et les auteurs cités en note.

(8) Cf. WALINE, pp. 116 à 122.

(9) Sur tous ces points, cf. MARTY, pp. 57 et suiv.

Au contraire, le recours pour excès de pouvoir est apparu plus tardivement comme fondé essentiellement sur l'idée de légalité. On sait que le décret des 7-14 octobre 1790, d'ailleurs assez vague, eut, au fond. moins d'influence sur le développement des recours primitifs devant le Conseil d'Etat que les traditions de l'ancien Conseil du Roi (10). Et c'est avec l'ouverture de l'incompétence, type même de l' « excès de pouvoir » que débuta la jurisprudence du Conseil d'Etat. Retracer l'évolution des ouvertures du recours pour excès de pouvoir serait trop long si l'on voulait entrer dans les détails. Rappelons simplement à grands traits les étapes de cet historique. C'est sous la Restauration que la deuxième ouverture : violation des formes (déjà apparue avec les arrêts Dupuy-Briacé et Hours, en 1807-1808) s'intègre définitivement au recours. C'était logique, car, comme le dit le Doyen Hauriou « les formes légales imposées aux actes sont des bornes pour les pouvoirs de l'administrateur et il excède ses pouvoirs s'il n'observe pas les formes. » Quant à l'ouverture du détournement de pouvoir, on lui assigne généralement les environs de 1866 comme date de parution. A vrai dire, la question peut se discuter, et certains auteurs, spécialement Laferrière, sont d'avis que sous d'autres noms, et sous le couvert de l'incompétence ou de l'excès de pouvoir, le détournement de pouvoir était déjà connu et sanctionné par le tribunal administratif avant cette époque. Nous renvoyons aux ouvrages cités en note sur ce point (11).

---

(10) HAURIOU, *Précis*, pp. 406 et suiv.

(11) Cf. par exemple :

LAFERRIÈRE (II, p. 549).

ARTUR, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, *Rev. Dr. Pub.*, 1903, p. 463.

WELTER, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, *Thèse Nancy*, 1929, p. 145.

Quant à l'ouverture de la violation de la loi, nous ne pouvons mieux faire que de citer l'historique suggestif qu'en donne le Doyen Hauriou (12) :

« Il avait toujours existé un recours contentieux en annulation pour violation de la loi lorsque le réclamant pouvait invoquer un droit acquis lésé par la décision illégale, mais ce recours était complètement distinct du recours pour excès de pouvoir; afin de le faire bénéficier de la dispense des frais et de celle du ministère de l'avocat, le Conseil d'Etat eut l'idée de l'incorporer au recours pour excès de pouvoir et de faire de la violation de la loi et des droits acquis une quatrième ouverture. Mais cette incorporation allait ouvrir une crise prolongée, car la violation de la loi ne présentait pas les mêmes caractères que les cas primitifs d'excès de pouvoir. La preuve en est qu'elle exigeait une condition que les cas primitifs n'exigeaient pas du tout; la condition d'un droit violé concomittant à la condition de la violation de la loi. On commença par constater purement et simplement la différence en disant que dans les trois ouvertures primitives, le recours pour excès de pouvoir était donné pour simple intérêt froissé, tandis que dans la quatrième il n'était donné que pour un droit violé. Mais tout de suite, il s'engagea une lutte intestine dont l'issue devait être l'assimilation des quatre ouvertures. On put se demander un moment si la condition du droit violé ne serait pas exigée dans les quatre ouvertures et si le recours ne deviendrait pas ainsi subjectif, mais la tradition l'emporta, la condition du droit violé fut, au contraire, éliminée de la quatrième ouverture qui, ainsi, au point de vue de la recevabilité devint semblable aux autres et le recours resta entièrement objectif. Ce résultat fut acquis vers 1906 après une crise qui avait duré quarante ans (C. E., 1er juin 1906, Alcindor, quatre espèces, R., p. 517). »

(12) *Précis*, p. 408.

Il ressort donc de cet exposé que le contentieux de la violation de la loi resta assez longtemps séparé de celui de l'excès de pouvoir, alors qu'au contraire c'est l'ouverture de la violation de la loi qui était à la base du recours en cassation civile. D'ailleurs, même lorsque la violation de la loi fut incorporée en tant qu'ouverture au recours pour excès de pouvoir, il n'était pas par cela même acquis que la légalité fût la base exclusive du recours. Tant que subsista la condition de la violation du droit acquis, le recours fondé sur la violation de la loi n'avait pas un caractère suffisamment objectif pour absorber les trois autres ouvertures. Mais après 1906, il était évident que la violation de la loi devait, en vertu de son caractère général, absorber les ouvertures de l'incompétence et de la violation des formes. Cette évolution qui semblait se faire vers une ouverture unique correspondant exactement à l'illégalité (comme pour la cassation civile) frappa de nombreux juristes. Certes, le détournement de pouvoir semblait résister à une absorption semblable, de par sa nature même, dans l'idée d'illégalité. Mais précisément le mouvement des idées juridiques était alors dans le sens de l'étude de l'idée de but dans les actes juridiques. L'on admit que le but d'un acte était un de ses éléments légaux et que le contrôle de la rectitude du but était un contrôle de la légalité. Dans ces conditions, tout comme pour le pourvoi en cassation, l'ouverture de la violation de la loi dans le recours pour excès de pouvoir avait absorbé toutes les autres. M. Georgin le constatait dans sa thèse (13) : « La notion d'excès de pouvoir recouvre exactement l'idée d'illégalité. » Le Doyen Hauriou lui-même (14) perdant de vue un instant ce qu'il appelait le point de vue de la « force propre de l'excès de pouvoir » penchait à croire que

(13) Georgin, L'ouverture de la violation de la loi au recours pour excès de pouvoir, *Thèse Paris*, 1915.

(14) Cf. *infra*, 2e partie, ch. 1er.

l'assimilation de toutes les ouvertures par la dernière venue était fatale et logique. Il devait d'ailleurs, plus tard, rouvrir le débat et montrer comment l'excès de pouvoir possède une « force propre » et un domaine plus étendu que la notion de légalité.

Ces idées, nous les retrouverons plus loin. Pour l'instant, admettons, afin de ne pas instituer une discussion préliminaire sur la nature de l'excès de pouvoir administratif, que le recours pour excès de pouvoir ne dépasse pas le point de vue de la légalité.

Nous allons essayer de montrer que, même si l'on admet cette identité foncière entre les deux recours, il reste encore des éléments essentiels du contentieux qui diffèrent dans chaque cas, et que, par suite, le contrôle de la légalité obéira devant chacune des des deux assemblées à des règles sensiblement divergentes.

L'article 3 de la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, qui est le texte de base du pourvoi en cassation déclare :

« Il (le Tribunal de Cassation) annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse du texte de la loi. Et jusqu'à la formation d'un code uniforme des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire donneront ouverture à cassation.

« Sous aucun prétexte, et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître ainsi qu'il sera fixé ci-après. »

La lecture du texte montre que celui-ci pose deux règles qui sont le résumé de la jurisprudence actuelle

de la Cour de Cassation et que l'on peut formuler ainsi avec M. Marty (15) :

« Première proposition (positive) : la Cour de Cassation doit casser les jugements qui contiennent une violation de la loi.

« Deuxième proposition (négative) : pour découvrir cette violation de la loi, la Cour ne doit toutefois pas entrer dans l'examen du fond des affaires. »

La première règle concerne, en somme, les ouvertures. La seconde a trait au partage des compétences entre la Cour et les tribunaux subordonnés.

Pourtant, il est courant, parmi les auteurs, de ramener chacune des deux règles à l'autre, ou plus simplement de les fondre en une seule que l'on formule généralement ainsi : « Le juge de cassation ne connaît que des questions de droit et non des questions de fait. » En somme, on considère que le partage des compétences découle logiquement de l'existence de l'ouverture de la violation de la loi. Il faut reconnaître que ce n'est pas sans quelque raison. En effet, l'idée d'une ouverture accordée pour toute « illégalité » suggère déjà une distinction entre les questions de droit, qui sont des questions de légalité, et les questions de fait qui n'ont pas de caractère légal. Il est vrai que cette distinction manque un peu de force : elle n'est que le terme d'un raisonnement et n'a pas, sous cette forme, le caractère d'un commandement direct du législateur. Mais la seconde règle qui interdit la connaissance du « fond » des affaires à la Cour de Cassation présente, au contraire, un caractère nettement impératif, voire quelque peu comminatoire, qui vient corriger et étayer ce que la limitation de compétence déduite *a priori* de la règle des ouvertures avait d'un peu lâche. Qu'entendre par « fond » d'une affaire ? Le fond s'oppose en droit à la forme. Mais il est évident, et dans l'esprit même

(15) *Op. cit.*, p. 23.

du législateur qui institua la cassation, que la Cour suprême ne doit pas avoir pour but unique la protection des « formes » légales. La plupart des textes du droit civil sont des lois de fond et il faut les faire respecter par la cassation. Il était fatal et logique d'identifier le « fond » des affaires à la « question de fait ». Cela répondait certainement à l'intention du législateur. La règle concernant le partage des compétences s'éclairait et s'expliquait par la règle relative aux ouvertures; en revanche, la distinction du droit et du fait prenait une force impérative tirée directement du commandement du législateur exprimé dans la règle du partage des compétences et devait ainsi mieux résister, dans l'avenir, à toute tentative de débordement. Ainsi, en droit civil la combinaison des deux règles posées au texte cité plus haut, la tradition (au moins dans son aspect général) de l'ancien droit firent qu'il y a une identité pratique entre trois propositions pourtant dissemblables d'aspect :

Le juge de cassation sanctionne seulement l'illégalité.

Le juge de cassation connaît des questions de droit et non des questions de fait.

Le juge de cassation ne connaît pas du fond des affaires.

La seconde proposition est, comme nous l'avons montré, la résultante et l'intermédiaire des deux autres. Mais, de ce que, en droit civil et pour la cassation, le point de vue des ouvertures et celui du partage des compétences se confondent, faut-il conclure à des principes analogues pour tous les recours en annulation fondés sur l'illégalité, et spécialement pour le recours pour excès de pouvoir ? Nous allons donc examiner les deux points suivants :

Théoriquement, et de façon générale, dans un recours en annulation fondé sur l'illégalité, les règles du partage des compétences entre autorité supérieure et autorité subordonnée ne sont-elles que la conséquence de l'existence de l'ouverture de l'illégalité ?

Spécialement, dans le recours pour excès de pouvoir, le partage des compétences entre le Conseil d'Etat et l'Administration a-t-il pour seule base le principe du contrôle de la légalité ?

Du fait même qu'un recours, ou plus généralement une action, comporte un système d'ouvertures, il en résulte une limitation de compétences. Remarquons d'ailleurs que par le jeu des formes et des délais, et, de façon générale, par le procédé des fins de non recevoir, une première limitation de compétence s'effectue déjà. Mais c'est d'un point de vue distinct de celui des ouvertures qu'elle s'opère, et elle a lieu, dit-on, d'une façon classique, peut-être inexacte, et en tout cas assez vague avant tout « examen de fond ». Ce n'est pas le lieu de discuter ici de la distinction entre le pourvoi irrecevable et le pourvoi mal fondé. Bornons-nous à nous référer à la notion classique sur ce point.

Le problème qui se pose pour nous, c'est de déterminer la nature de la limitation de compétence, résultant d'un système d'ouvertures et spécialement d'un système basé sur la violation de la loi.

En définissant les vices à raison desquels la décision de l'autorité inférieure peut être attaquée, la loi met par cela même, en dehors de la compétence de la juridiction de recours, d'autres catégories de vices possibles. Du fait que l'autorité inférieure est à l'abri de toute critique pour certaines erreurs, il y a en fait un partage de compétences entre l'autorité inférieure, souveraine sur certaines matières, et l'autorité supérieure, juge de certaines erreurs. Comme nous le disions plus haut, tout système d'ouvertures se traduit donc par un partage de compétences.

La conséquence à tirer de ces principes *serait* donc double :

1° Les règles que pose éventuellement le législateur pour partager les compétences entre autorité

supérieure et autorité inférieure ne sont qu'un rappel des principes de partage des compétences tels qu'ils sont intégralement inclus dans le système d'ouvertures;

2° Dire qu'une juridiction de recours est juge de la légalité équivaut exactement à dire qu'elle est juge du droit et non du fait, comme l'exemple de la Cour de Cassation le montre d'ailleurs.

Et de ces développements, on tire la conclusion pratique suivante, déjà signalée, et qui est celle de tous les auteurs qui, à un degré quelconque, ont assimilé le recours pour excès de pouvoir au recours en cassation :

Sauf quelques différences de détail, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation adoptent les mêmes principes en ce qui concerne leur pouvoir d'examen sur les questions de fait, puisque dans les deux cas le partage de compétences entre autorité supérieure et autorité inférieure résulte de l'ouverture de la violation de la loi.

Le raisonnement semble logique, et cependant il n'est pas sans surprendre quelque peu dès que l'on jette un coup d'œil sur la jurisprudence respective des deux Hautes Assemblées. Sans empiéter sur les développements futurs, disons qu'en fait le Conseil d'Etat se prononce très souvent sur l'existence ou l'inexistence effective de certains faits *matériels;* la Cour de Cassation n'a pour ainsi dire jamais dépassé, dans l'examen des faits, la question de leur qualification. Cette très sérieuse différence appelle l'attention sur les principes théoriques exposés plus haut. Elle nous a amené à proposer une distinction entre ce que nous appellerons le point de vue des ouvertures et le point de vue du partage des compétences.

Section II

Essai d'une distinction entre le point de vue des ouvertures et le point de vue du partage des compétences.

La distinction qui peut être faite entre le point de vue des ouvertures et celui du partage des compétences peut se résumer ainsi :

Dans un recours, le système des ouvertures est en fonction directe des règles de fond du système juridique.

Le système du partage des compétences est en fonction directe du système de procédure, ou plus généralement du système d'agencement des compétences ».

C'est ainsi, pour prendre l'exemple de la Cour de Cassation, que l'ouverture du recours en cassation pour violation de la loi (ouverture unique qui résume toutes les autres) dépend directement de l'adoption comme règle de fond principale dans le système juridique français du principe de la légalité (16). Ce principe signifie spécialement pour le juge que ses arrêts sont soumis à la loi, seule source officielle du droit.

Au contraire, le partage des compétences résultant de l'interdiction, pour la Cour suprême, de l'examen du fond des affaires révèle la conception que le législateur français a eu de l' « agencement des compétences » des divers tribunaux, et particulièrement du rôle de la Cour suprême.

A cette affirmation théorique, on peut objecter, il est vrai, que la distinction n'a aucun intérêt, puisque ce qui a été dit plus haut montre que l'un et l'autre point de vue n'en font qu'un et que les textes relatifs au partage des compétences ne sont que des déve-

(16) Cf. Hauriou, note sous C. E., 4 avril 1914. Gomel, *S.*, 17. 3. 25, et *J. A.*, II, p. 372.

loppements de ceux qui posent le principe de l'ouverture de l'illégalité.

Remarquons toutefois qu'il n'est pas étonnant, même avec les principes mis en tête de ce paragraphe, que l'on trouve des points de contact certains entre la question des ouvertures et celle du partage des compétences. Car s'il est vrai que l'une se réfère au fond du droit, l'autre à des principes de procédure *lato sensu,* il est normal qu'elles se rejoignent, la procédure et l'organisation des « compétences » n'étant que la mise en action des règles de fond (17). L'objection ne va donc pas entièrement à l'encontre de la thèse exposée plus haut.

Reste à savoir, il est vrai, si, étant donné cette identité entre les deux points de vue, il y a intérêt à les distinguer. Nous le croyons, et les raisons qui semblent militer en faveur d'une distinction nettte entre le point de vue des ouvertures et celui du partage des compétences sont de divers ordres. La première est d'ordre pratique et nous la mettons en tête parce que c'est elle qui frappe d'abord quand on examine les faits. Il est un phénomène bien connu en droit : c'est celui de la tendance qu'ont certaines voies d'action à déborder du domaine qui leur avait été primitivement assigné dans l'esprit du législateur. Naturellement, cette « tendance » que l'on prête à la voie d'action vient en réalité de l'acharnement avec lequel praticiens et justiciables essaient de faire passer le plus grand nombre possible d'affaires par le canal d'une procédure qu'ils trouvent commode ou rapide. Le développement en matière administrative du recours pour excès de pouvoir, toujours plus largement ouvert aux administrés, est un exemple de ce phénomène; il en est de même à un autre point de vue du développement de la juridiction des réfé-

(17) Cf. Cézar-Bru, *Précis,* p. 1. « Cette idée est le point de départ d'une division du droit en deux parties : l'une formule des règles, c'est le Droit proprement dit, l'autre en impose le respect, c'est la Procédure. »

rés (18) en matière civile. On conçoit que les voies de recours, telles que la cassation ou le recours pour excès de pouvoir, soient particulièrement l'objet d'un effort de la part du justiciable dont elles sont le dernier espoir. Aussi, essaiera-t-il de les utiliser pour de tout autres fins que celles en vue desquelles elles ont été instituées. C'est ainsi que, malgré leurs insuccès, les requérants essayèrent longtemps et essaient encore de faire juger des questions de pur fait devant la Cour de Cassation.

Le juge a constamment à contrôler sa propre compétence et souvent même à se défendre contre un zèle juridique louable qui le pousse à étendre son pouvoir de contrôle. Pour résister à cette poussée, tant interne qu'externe, il a l'appui des textes et des règles limitant le domaine du recours. Comme il a été dit plus haut, l'existence d'une ouverture unique, celle de l'illégalité, l'amène à une limitation de compétence certaine. Il ne doit sanctionner que la violation de la loi.

Or, ici les difficultés commencent. Il y a la violation grossière du texte de la loi, il y a celle de son esprit ou de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence. Il y a surtout toute cette zone délicate où le droit et le fait s'entremêlent inextricablement. Le juge de cassation, par exemple, doit-il vérifier si les faits allégués par les juges du fond ont été exactement qualifiés en droit ? On admet que oui. Mais le juge de l'excès de pouvoir va plus loin : on dit généralement que le Conseil d'Etat vérifie l'existence *matérielle* des faits losque ceux-ci sont la condition *légale* d'un acte. On peut aller encore plus loin logiquement, on peut même penser que l'erreur de fait constitue toujours à un certain degré une erreur de droit. Le Doyen Hauriou dit à ce sujet : « ... La notion de l'excès de

(18) Cf. Cézar-Bru, *Précis*, p. 439. Les juridictions d'ordre professionnel (Conseil de Prud'hommes, Tribunaux de Commerce) semblent jouir d'une faveur analogue.

pouvoir peut s'appliquer même aux décisions qui ne contiennent que des appréciations de fait et ne soulèvent aucune question de droit. Il y a excès de pouvoir de la part de l'administrateur à apprécier des faits sous l'empire de la passion politique, ce qui est un cas de détournement de pouvoir; il y a aussi excès de pouvoir de sa part à apprécier faussement des faits par suite d'une erreur de fait, car l'usage du pouvoir administratif comporte un minimum de conscience et de diligence professionnelle. » Et sans doute le Doyen Hauriou ne confond-il pas excès de pouvoir et illégalité; aussi garde-t-il à l'erreur de fait son caractère propre qui l'oppose à l'erreur de droit. Mais de nombreux auteurs, et en certains cas la jurisprudence, identifient excès ou détournement de pouvoir et illégalité, et par le biais que nous montre Hauriou, on pourrait ainsi identifier erreur de droit et erreur de fait. Ce sera faux peut-être, mais non d'une fausseté criante. La passion du plaideur pour son intérêt, celle du juge pour la bonne justice prendront peut-être ces raisonnements pour des raisons, et l'on arrivera ainsi à étendre démesurément le contrôle du juge de recours.

Si, au contraire, on examine la limitation née du partage des compétences, en dehors de toute idée d'ouverture, on s'aperçoit que l'on a affaire à un obstacle plus solide. Non pas certes qu'il dessine une frontière plus précise entre le droit et le fait. Par exemple la souveraineté du juge inférieur sur le « fond » des affaires n'est pas une formule très précise, et ne s'éclaire même, comme on l'a vu plus haut, que par la tradition historique et la règle des ouvertures. Mais il y a entre la limitation née des ouvertures et celle que pose le partage des compétences toute la différence de force qui existe entre une défense tacite et une défense expresse. La règle définissant les ouvertures interdit certaine compétence, mais dans la mesure où toute affirmation est la négation de son contraire ; la règle interdisant l'examen du

fond défend directement telle chose. Logiquement, elle est très forte. Dans le premier cas, le juge a le sentiment d'avoir déduit lui-même l'interdiction, d'y avoir participé personnellement, d'avoir donc une latitude d'action à son égard; dans le second cas, l'obstacle opposé à sa compétence est entièrement objectif.

On peut même aller plus loin et remarquer qu'un texte tel que celui qui règle les pouvoirs du juge de cassation dans la mesure où il édicte une limitation de compétence investit les juges inférieurs de certaine autorité souveraine, et les en constitue les gardiens. Certes, on sait que le corps judiciaire français n'a rien d'une féodalité, et que la Cour de Cassation n'a pas besoin qu'on la rappelle au respect de la loi. Mais qui niera que la limitation résultant du fait que sur certains points le juge inférieur a été déclaré souverain, soit plus efficace, parce que plus objective que la limitation de principe du contrôle de la légalité limitation dont le juge de cassation se sent le maître ? Une fois de plus, c'est au point de vue psychologique qu'il faut se placer : une extension abusive du contrôle de la légalité répugne beaucoup plus au juge supérieur parce qu'elle apparaît comme un empiètement sur le pouvoir subordonné, que parce qu'elle suppose une interprétation plus large, mais très soutenable d'un texte.

On voit donc qu'il n'est pas indifférent au point de vue des résultats pratiques, notamment au point de vue de la limitation des pouvoirs du juge supérieur, de faire appel à l'idée du partage des compétences plutôt qu'à celle de la limitation par les ouvertures.

Le second argument qui peut être mis en avant en faveur d'une distinction radicale entre le point de vue des ouvertures et celui du partage des compétences est le suivant : dans le recours en cassation, on peut admettre que le partage des compétences ne soit que la conséquence pratique de l'organisation du contrôle de la légalité. Dans le recours administratif, il

résulte non seulement l'organisation du contrôle de la légalité, mais encore il dépend de certains principes propres au droit administratif. Ces principes expliquent que, dans l'examen du fait, le Conseil d'Etat soit tantôt plus hardi, tantôt plus timide que la Cour de Cassation. L'erreur des auteurs qui raisonnent sur le recours pour excès de pouvoir comme sur le recours en cassation, c'est, comme nous l'avons dit au début, de n'avoir perçu que les ressemblances dans les deux systèmes d'ouverture et d'avoir négligé les principes propres au droit administratif, principes qui imposent un tout autre partage de compétences entre Conseil d'Etat et administrateurs qu'entre Cour de Cassation et juges inférieurs.

Quels sont ces principes propres au droit administratif ? C'est essentiellement l'existence d'un certain pouvoir discrétionnaire au profit de l'Administration et, notion qui se rapproche beaucoup de la précédente, de l'indépendance de l'Administration active à l'égard du juge administratif. Quelles sont la nature et l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire ? Seul un examen de la jurisprudence pourra nous le révéler. Bornons-nous, pour l'instant, aux définitions classiques de ce pouvoir : rappelons la définition de Michoud : « Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois que l'Administration agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. »

Ou encore, suivant M. André Hauriou (19), le pouvoir discrétionnaire, c'est « cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'Administration qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant en droit public du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats en droit international. »

On conçoit que l'existence de ce pouvoir détermine un partage de compétences, et que celui-ci ne coïn-

(19) V. *Infra*, 3e partie, ch. II.

cide plus fatalement avec la règle des ouvertures. Sans doute, à première vue, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration se définit par rapport à la règle de droit et la distinction entre les questions de droit et les questions de fait semble pouvoir trouver son application ici. Cette vue apparaît comme séduisante parce qu'elle aboutit à une symétrie entre les solutions de la cassation civile et celles du recours pour excès de pouvoir, non seulement en ce qui concerne leur aspect extérieur, mais aussi en ce qui touche la confusion, valable dans un cas comme dans l'autre, de la limitation née des ouvertures et celle née du partage des compétences.

Cependant, cette prétendue symétrie est, en réalité, inexistante; le partage des compétences résultant de l'existence du pouvoir discrétionnaire et celui résultant de la règle des ouvertures ne se confondent nullement ou plutôt, comme nous le verrons, l'un s'évanouit presque totalement au profit de l'autre.

La raison essentielle de ceci est que le pouvoir discrétionnaire est tout autre chose que la souveraineté en matière de questions de fait. Sans doute comporte-t-il une certaine liberté d'appréciation du fait, mais à l'égard de ce que l'on nomme : « la matérialité des faits », de ce que l'on peut appeler la question de fait à l'état pur, il est des plus réduits. Sans vouloir anticiper sur l'examen de la jurisprudence, il réside plutôt dans l'appréciation de l'opportunité, c'est-à-dire dans l'appréciation des conséquences pratiques d'une situation matérielle donnée, que dans la constatation de cette situation matérielle. Il correspond à la phase de la décision, non à la phase de l'examen du fait.

Comment en est-il ainsi ? Nous essaierons de le déterminer plus loin. Mais, dès maintenant, on peut dire pourquoi le point de vue du partage des compétences l'a emporté sur le point de vue des ouvertures, et pourquoi c'est à lui que se réfère essentiellement le Conseil d'Etat, même s'il fait appel à la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

La première raison, c'est que la distinction née des ouvertures et qui se résume dans celle du droit et du fait est essentiellement malléable, comme nous l'avons souligné au début de cette étude; dans les limites que l'on a indiquées plus haut, elle est un instrument pour le juge autant qu'une directive. En face d'une limitation des compétences née d'un principe extérieur au recours, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, il est normal que la règle née des ouvertures plus souple et plus faible, tendît à se modeler sur elle.

En second lieu, la force propre du recours pour excès de pouvoir est très grande (au point que l'on a pu parler de l'absorption par le recours pour le recours pour excès de pouvoir de toutes les branches du contentieux administratif (20). Comme nous avons essayé de le montrer, la barrière opposée aux désirs des justiciables et à la volonté de contrôle du juge de l'illégalité, par l'idée même de l'illégalité, est bien fragile, puisqu'elle se résume dans la distinction du fait et du droit. L'existence du pouvoir discrétionnaire, limitation externe de la compétence du Conseil d'Etat, constitue une barrière certainement plus solide, et il est incontestable que, dans la physionomie actuelle du recours, c'est elle la plus puissante.

Donc, limitation née du partage des compétences opéré par l'existence du pouvoir discrétionnaire, bien plus que limitation par l'idée d'illégalité, voilà la caractéristique que nous observons dans le recours pour excès de pouvoir.

Mais alors peut-on nous dire, *le problème de l'examen du fait existe-t-il encore ?* Si la limitation des pouvoirs du Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir se réduit à déterminer la marge laissée au pouvoir discrétionnaire, y a-t-il encore un problème de l'examen du fait ? Si la distinction du fait et du droit, logiquement déduite de

(20) Cf. ALIBERT, *Contrôle juridictionnel de l'Administration*, pp. 45 et suiv.

l'existence du système des ouvertures, ne s'impose plus telle quelle et doit se traduire dans un tout autre langage juridique — distinction du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée par exemple — est-il encore normal de poser le problème sur le terrain de l'examen du fait et non sur celui du pouvoir discrétionnaire ?

L'objection est sérieuse et se renforce d'une constatation : c'est que si l'on excepte un ouvrage récent, d'ailleurs non limité au recours pour excès de pouvoir, c'est sur le terrain du « contrôle du pouvoir discrétionnaire » ou sur celui du « contrôle de l'opportunité » que les auteurs posent le problème. En d'autres termes, on s'aperçoit que la question de la compétence du juge du recours pour excès de pouvoir en matière d'examen du fait n'est pas seulement un problème d'aménagement du contentieux, mais surtout un problème des libertés de l'Administration.

Néanmoins, c'est sous la forme classique, et en quelque sorte historique que nous nous proposons d'examiner le problème relatif à la compétence du juge pour excès de pouvoir. Autrement dit, c'est la question de l'erreur du fait ou du contrôle du fait dans le recours pour excès de pouvoir qui va se poser.

La raison de cette attitude, c'est que tout d'abord un point de vue n'exclut pas l'autre et que la limitation née du pouvoir discrétionnaire de l'Administration se dessinera d'elle-même au cours d'une semblable étude. Peut-être même sera-t-il instructif de voir céder la barrière dressée par la limitation des ouvertures et résister au contraire celle que constitue le pouvoir discrétionnaire. La raison essentielle en est toutefois celle-ci : c'est que la question de l'examen du fait se présente de façon plus simple et mieux délimitée que celle du pouvoir discrétionnaire. Il existe autour de ce derniers des discussions, des incertitudes, qui en feraient un mauvais fil d'Ariane pour nous conduire dans l'examen de la jurisprudence. Le pouvoir discrétionnaire est une idée et une

réalité qui explique et justifie de la manière la plus exacte une jurisprudence, mais qui servirait mal notre dessein, qui est de la retracer brièvement. Au surplus, nous ne saurions envisager une étude théorique qui serait vraiment en dehors de notre cadre.

Enfin, nous croyons qu'il n'est pas sans intérêt de poser la question de l'examen du fait, parce que, quelle que soit la part primordiale du partage des compétences opéré par le pouvoir discrétionnaire dévolu à l'Administration par rapport à la limitation de compétence née des ouvertures, le problème des ouvertures n'en subsiste pas moins. Même si les conclusions auxquelles on aboutit après examen de la jurisprudence montraient que le principe des ouvertures a été faussé ou dépassé, il reste encore à voir dans quel sens. Il reste à voir comment le système des ouvertures s'est adapté à la limitation des compétences, née de l'existence du pouvoir discrétionnaire en certains cas et de son inexistence dans d'autres.

N'oublions pas d'ailleurs que, jusqu'ici, nous avons admis comme postulat la confusion absolue de l'excès de pouvoir et de l'illégalité. Reste à savoir si le principe des ouvertures, en se faussant jusqu'à donner passage au contrôle de l'erreur de fait, n'a pas révélé la vraie nature du recours et, s'il n'y a pas un autre principe, dans l'excès de pouvoir que celui de l'illégalité.

Enfin, et surtout, notre sujet nous incite directement à envisager le problème sous cet angle. Dans l'histoire de la jurisprudence administrative, nous verrons que la théorie de la cause apparaît essentiellement comme *un moyen d'intégration de l'erreur du fait à l'erreur du droit.*

Ainsi nous croyons qu'il est à la fois plus clair, plus rapide, et par certains côtés, plus intéressant de poser le problème sous sa forme classique : celle de l'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir.

CHAPITRE III

L'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir.

Il faut tout de suite dire l'esprit dans lequel ce chapitre a été conçu. Il a paru inutile de faire un exposé très complet et très nuancé de la jurisprudence elle-même. Au surplus, indépendamment des nombreuses études que cette question a inspirées (1),

(1) Cf. notamment (indépendamment des traités généraux) :

GEORGIN, La violation de la loi, cause d'ouverture au recours pour excès de pouvoir. *Thèse Paris*, 1915.

E. CHALVON-DEMERSAY, De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir. *Thèse Paris*, 1922.

H. WELTER, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, *Thèse Nancy*, 1929, pp. 314-355.

PHILIBERT, Le but et le motif dans l'acte administratif, *Thèse Bordeaux*, pp. 102 et suiv.

G. JÉZE, L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir. *Rev. Dr. Public*, 1911, p. 286. Théorie générale des motifs déterminants. *Rev. Dr. Public*, 1922, pp. 377 et suiv.

R. BONNARD, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *Rev. Dr. Public*, 1923, p. 363.

M. NOËL, Les motifs dans les décisions des juridictions administratives. *Rev. Dr. Public*, 1924, pp. 350 et suiv.

M. RÉGLADE, Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir. *Rev. Dr. Public*, 1925, pp. 413 et suiv.

M. WALINE, Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. *Rév. Dr. Public*, 1930, p. 197.

ALIBERT, *Contrôle juridictionnel de l'Administration*, pp. 288 et suiv.

Notes du Doyen HAURIOU sous :

C. E., 4 avril 1914 (Gomel), et 1er mai 1914 (Abbé Didier).

S., 17. 3. 25, et J. A., II, p. 372.

C. E., 22 janvier 1926 (Lefranc), S., 26. 3. 25 ,et J. A., II, 380.

une thèse toute récente a traité avec toute la documentation et toute la clarté désirables ce difficile problème. Il n'est pas dans notre dessein de revenir sur les résultats acquis, et notamment sur un exposé de jurisprudence bien connu. Nous ne le ferons que dans la mesure où cela pourra être utile à notre sujet.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, la notion de cause est spontanément apparue dans la jurisprudence comme un procédé technique utilisé dans le contrôle du fait. Lorsqu'un procédé apparaît ainsi, c'est presque toujours qu'il répond à des nécessités profondes. Ce sont ces nécessités qu'il faut mettre en lumière pour faire apparaître la signification de la jurisprudence de la cause. Le présent chapitre est conçu dans cet esprit. C'est dans la perspective de nos développements futurs que la jurisprudence sera examinée. Que l'on ne s'étonne donc pas de certaines brièvetés qui sont intentionnelles, là où de plus amples explications eussent été en dehors de notre dessein.

La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'examen du fait est difficile à exposer, même de façon sommaire. Et ceci pour plusieurs raisons. La première est, essentiellement, que cette jurisprudence n'est pas exempte de certaines contradictions au moins apparentes. Le seconde, c'est que la théorie de l'examen du fait n'est pas uniquement pour le tribunal administratif une question d'aménagement du contentieux, comme elle l'est pour la Cour de Cassation, mais qu'elle touche en plus d'un point au fond du droit. En effet, comme nous avons tenté de

---

C. E., 27 mars 1925 (Mariani), S., 27. 3. 57, et J. A., II, 388.

Enfin, il faut citer la récente et remarquable thèse de M. GOLDENBERG.

L. GOLDENBERG, Le Consell d'Etat juge du fait, *Thèse Paris*, 1932.

Dans cette énumération, il faut aussi comprendre de nombreuses conclusions données par les Commissaires du Gouvernement dans des arrêts importants, conclusions où se reflète la conception que le Conseil d'Etat a de ces questions.

le montrer plus haut, ce n'est pas par la limitation tout interne née du système d'ouvertures que le Conseil d'Etat se trouve borné en matière d'examen du fait; c'est par une limitation qui est extérieure au recours et qui vient essentiellement de l'existence d'un pouvoir propre de l'Administration active.

La plupart des auteurs qui se sont occupés de cette question n'ont pu se borner, pour l'exposer, à adopter un plan purement chronlogique. Dans leurs travaux, l'examen de la jurisprudence devait illustrer et justifier quelques principes placés en exergue. C'est ainsi que M. Bonnard calque l'étude de la jurisprudence sur les divers éléments de l'acte administratif qu'il a précédemment dégagés. M. Réglade fait précéder l'examen des arrêts auquel il se livre à son tour de considérations théoriques qui lui fournissent à la fois une thèse à exposer et un plan à suivre.

Quelque légitime et attachante que soit cette méthode, il ne saurait être question de la suivre ici, puisque l'objet essentiel de cette étude est la notion de cause, et puisque, en conséquence, les considérations d'ordre théorique ne pourront venir qu'en conclusion et en fonction de l'examen de cette notion.

Aussi, est-ce à un plan tout à fait empirique que nous nous rallions. Nous commencerons par exposer très brièvement quels sont les antécédents de l'exament du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat au XIX^e^ siècle. En second lieu, nous essayerons de décrire à larges traits la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat en matière d'examen du fait. Nous le ferons à deux points de vue successifs : nous étudierons d'abord le contrôle de la matérialité des faits; ensuite, le contrôle de l'application des règles de droit aux faits. Ceci amènera à poser la très importante question du pouvoir discrétionnaire : Y a-t-il un contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'Administration? Enfin, nous essaierons de formuler les conclusions de cette étude, conclu-

sions positives d'une part, conclusions négatives de l'autre. Par l'examen de ce que nous appelons les conclusions négatives, nous verrons que, malgré les efforts de systématisation de la doctrine, la jurisprudence du Conseil d'Etat laisse en suspens un certain nombre de problèmes. Nous verrons que les procédés techniques qu'elle emploie et la base théorique qu'elle leur donne ne sont pas sans présenter certaines déficiences. Ceci prépare l'examen — qui sera fait dans les chapitres suivants — du rôle que joue la notion de cause dans la technique jurisprudentielle. Pour la clarté de cet exposé, voici le plan détaillé de ce chapitre.

Section I. — *L'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir au XIX^e siècle.*

Section II. — *L'examen du fait depuis 1906.*

Sous-Section I. — Le contrôle de la matérialité des faits.

Sous-Section II. — Le contrôle de l'application du droit aux faits.

Section III. — *Opportunité et légalité : Y a-t-il un contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ?*

Section IV. — *Conclusions relatives à la jurisprudence de l'examen du fait.*

Sous-Section I. — Conclusions positives.

Sous-Section II. — Conclusions négatives : les problèmes en suspens.

Section I

L'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir au XIX^e siècle.

Il existe des matières traditionnelles dans lesquelles le Conseil d'Etat se livre depuis longtemps

à un certain examen du fait. Nous ne pouvons que les indiquer brièvement, sans avoir d'autre prétention que de donner une idée des antécédents jurisprudentiels à l'examen du fait tel que le pratique actuellement le Conseil d'Etat.

Les règles posées par l'article 2 du Décret du 23 Prairial, an XII, qui impose une distance déterminée entre l'enceinte des cimetières et celle des agglomérations sont sanctionnées depuis fort longtemps par le Conseil d'Etat. Dans ce but, la Haute Assemblée a été amenée à résoudre pour chaque espèce les questions suivantes qui apparaissent comme des questions de fait : Où se trouve exactement la limite de l'agglomération ? En second lieu, la distance réelle séparant l'agglomération du cimetière est-elle conforme à la distance légale ? (2) A vrai dire, il ne semble pas que la seconde question, simple à résoudre, ait jamais fait l'objet d'un véritable litige. Tout l'intérêt des affaires de ce genre est, en réalité concentré sur le point de savoir où se trouve exactement l'enceinte de la ville ou du bourg, et c'est à cette question que le Conseil d'Etat répond en fait.

Il ne paraît pas que le Conseil d'Etat ait fait preuve en cette matière d'une hardiesse telle qu'elle laissât prévoir l'évolution actuelle de sa jurisprudence. Il s'agit pour lui, dans les hypothèses visées, de dire si telle maison ou tel groupe de maisons se trouve ou non dans l'enceinte de l'agglomération. Ceci peut être considéré comme un problème de qualification, c'est-à-dire mitigé de fait et de droit, car en même temps qu'une question matérielle se pose une question d'interprétation de la loi. Néanmoins,

(2) C. E., 15 novembre 1835, Ville de Marseille, *Rec.*, p. 628.
C. E., 28 mai 1866, Blondeau, *Rec.*, p. 519.
C. E., 28 juillet 1905, Allègre, *Rec.*, p. 687.

il faut bien reconnaître que les arrêts sont surtout motivés en fait.

Des réserves plus fortes peuvent, peut-être, être faites au sujet de la signification de la très ancienne jurisprudence relative à l'alignement et fondée sur des textes remontant à l'édit royal de 1607. Lorsqu'un immeuble est soumis à la servitude de reculement, en cas de contestation sur les autorisations de travaux, le Conseil d'Etat est amené à examiner si les travaux projetés relatifs à cet immeuble ont ou non le caractère de « travaux confortatifs ». Par exemple un arrêt Bidault (3) du 23 janvier 1885 décide que « les modifications que la requérante se proposait d'apporter au mur de clôture de sa propriété auraient eu pour effet de consolider ledit mur. » (4)

L'évolution vers un examen pur et simple du fait semble davantage accentuée si l'on examine la jurisprudence du tribunal administratif relative aux brevets d'invention. Notamment, le Conseil d'Etat a été amené à vérifier si les conditions légales d'obtention du brevet étaient réunies par l'objet ou le produit à breveter. M. Chalvon-Demersay cite un arrêt (5) qui est caractéristique à cet égard : en l'espèce, il s'agissait de savoir si un produit (un chocolat à l'huile de foie de morue) avait le caractère d'un aliment ou celui d'un remède, et si, par suite, il était ou non susceptible d'être breveté aux termes de la loi du 5 juillet 1840 qui exclut des produits brevetables les « compositions pharmaceutiques ou remèdes ».

---

(3) *Rec.*, p. 69.

(4) Cf. également :

C. E., 28 mai 1835, Debure et Neveu, *Rec.*, p. 585.

C. E., 22 août 1838, de Bligny, *Rec.*, p. 518.

Cf. également : *Rép. Dalloz.* V° Voirie par terre, n° 2004 et suiv.

(5) C. E., 14 avril 1864, Laville, *Rec.*, p. 339. Cet arrêt est aussi très intéressant en ce qu'il pose la question des pouvoirs du Ministre dans la délivrance des brevets d'invention. (Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Fare.)

Cf. aussi C. E., 12 avril 1879, Giroud-Dargoud, *Rec.*, p. 606.

Il faut remarquer que dans les trois ordres d'idées que nous venons d'énumérer : réglementation des cimetières, servitude d'alignement, brevets d'invention, l'examen du fait ne revêt pas une complexité très grande. Il s'agit pour le Conseil d'Etat de dire, au vu de plans, de projets, de descriptions, si tel fait ou tel objet entre ou non dans une catégorie légale. L'agglomération litigieuse est connue du juge par les plans, les travaux dont le caractère est contesté sont portés sur les projets ou devis, les produits à breveter font l'objet d'une description. Le Conseil a à établir le rapport de ces faits ou de ces objets à une catégorie déterminée par la loi, non à déterminer la consistance matérielle de ces faits ou de ces objets. Ce qui caractérise les matières que nous venons de voir, c'est que les éléments des affaires ne sont pas discutables dans leur matérialité, qui est objectivement connue, mais dans leur qualification.

On peut dire que seule se posait vraiment pour le Conseil d'Etat la question de qualification. Il faut reconnaître cependant qu'il la résolvait le plus souvent par des motifs de pur fait, et sans prendre la peine, comme le juge civil de cassation, de recourir au système d'interprétation pour la poser en droit. Il est pourtant une matière dans laquelle le Conseil d'Etat va, traditionnellement, très loin dans l'examen du fait : c'est dans la matière de la délimitation du domaine public. Comme le fait remarquer un commissaire du Gouvernement (6), il y a là un contentieux touchant de très près au respect de la propriété privée, particulièrement digne par conséquent d'attention. Parmi les nombreux arrêts intervenus en la matière, citons-en particulièrement (7) un, du 22 juillet 1881. Dans cet arrêt, on voit le Conseil

(6) Conclusions de M. Lhopital sous C. E., 27 mai 1863, Estienne, *Rec.*, p. 448.

(7) C. E., 22 juillet 1881, Duval, Delaunay et autres. *Rec.*, p. 737 (Arrêt d'avant dire droit ordonnant une visite des lieux). Arrêt définitif du 10 mars 1882, *Rec.*, p. 247 (annule).

d'Etat ordonner une mesure d'instruction en nommant une commission chargée de visiter les lieux litigieux (il s'agissait d'une délimitation des rivages de la mer). Evidemment, dans cette espèce, le Conseil d'Etat se reconnaît des pouvoirs très grands comme juge du fait.

Néanmoins, le droit de regard que se reconnaît naturellement le Conseil d'Etat sur le fait va être beaucoup plus apparent et corrélativement plus tardif à paraître, en ce qui concerne les questions touchant ce que les sociologues nomment d'un terme générique les « comportements » humains. La position d'une maison sur un plan, la distance de deux points, l'analyse d'un produit chimique sont connues, en général, de façon simple, objective, indiscutable. Au contraire, dès que l'on entre dans le cycle des phénomènes qui touchent à l'homme, la certitude est rarement de mise. Il est déjà difficile d'apprécier de simples faits d'ordre physique, tels qu'une maladie ou l'origine d'une infirmité. Il l'est autant et même plus — car ici la technique est d'un secours bien moindre — pour apprécier des concepts d'ordre social, tels que le caractère esthétique ou monumental d'un site ou d'une perspective, la notion de faute contre l'honneur, la tranquillité publique. Que dire alors de tout ce qui se passe dans le for intérieur des individus et des phénomènes psychologiques? Ici les questions du rapport du fait à la catégorie légale seront souvent supplantées par celles relatives à la matérialité même du fait. En tout cas, elles seront bien plus délicates à apprécier, et ne tomberont sous le contrôle du tribunal administratif que dans une phase ultérieure du développement du recours pour excès de pouvoir et avec une restriction plus sévère du pouvoir discrétionnaire.

Section II

L'examen du fait depuis 1906.

C'est à l'année 1906 que l'on fixe généralement (8) la date de disparition de la condition des droits acquis dans l'ouverture de la violation de la loi. L'arrêt Alcindor est représentatif à cet égard (9). On sait quelles furent les conséquences de la règle nouvelle de l'admission du recours sur un simple intérêt froissé : il en résulta un énorme développement du recours pour excès de pouvoir, et avec lui des divers contrôles qu'il comportait. Aussi est-ce surtout depuis 1906 que l'évolution vers un examen de plus en plus approfondi du fait se manifeste; il semble que les lignes de cette jurisprudence seraient fixées depuis une dizaine d'années sans grands changements.

Suivant notre plan, nous examinerons successivement : le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur la matérialité des faits ; ensuite, le contrôle qu'il exerce sur les conséquences de droit des faits ainsi établis.

Sous-Section I

Le controle de la matérialité des faits.

Que faut-il entendre par matérialité des faits ? Cette notion que l'on retrouve dans celle d'erreur matérielle se trouve souvent utilisée dans les arrêts du Conseil d'Etat. Elle correspond à une idée qui est au fond moins simple, comme on a essayé de le montrer plus haut, qu'on ne pourrait le penser de prime abord : l'idée du fait constaté en dehors de toute considération de droit . Nous n'oublions pas ce qui a été dit en guise d'introduction, à savoir que dans

(8) Cf. Hauriou, Précis., p. 406, et Alibert, p. 40.

(9) C. E., 1er juin 1906, Alcindor, *Rec.*, p. 516.

Cf également C. E., 11 décembre 1963, Lot et Molinier (deux arrêts). *Rec.*, p. 780.

la constatation même du fait, l'activité du juge est dirigée vers le droit, et que la construction de ce que nous appelions le « schéma du fait » est déterminée en partie par le but auquel il doit servir. Cependant, ce qu'il y a peut-être d'irréductible dans la notion de fait opposée à celle de droit, ce sur quoi le pouvoir de création juridique du juge, servi par sa méthode d'interprétation, n'a pas d'action dissolvante, c'est sans doute la matérialité des faits. Elle exclut toute question de qualification ou d'appréciation; elle pourrait être constatée par un être qui n'aurait aucune idée de la norme juridique. Voilà ce que l'on peut en dire, sans se dissimuler l'imprécision de la frontière qui la sépare de la question de qualification. En matière de recours pour excès de pouvoir, l'idée, explicitement exprimée, ou implicite, que le Conseil d'Etat joue le rôle d'une Cour de Cassation à l'égard des décisions administratives, empêcha longtemps la doctrine de concevoir qu'il put y avoir contrôle général de la matérialité des faits par la voie du recours pour excès de pouvoir (10). De même que la décision du juge du fond est souveraine à l'égard du juge de cassation en ce qui touche à la pure matérialité des faits, de même la constatation objective indépendante de toute qualification faite par l'administrateur actif devait s'imposer au juge. Les raisons de cet état d'esprit ont été développées plus haut : elles tenaient essentiellement à une confusion entre la limitation née des ouvertures et la limitation née du partage des compétences. Laferrière constate cependant que le Conseil d'Etat « s'est souvent reconnu le droit de rechercher si les faits servant de base à la décision avaient bien été définis

(10) Vivien, *Etudes administratives*, 1859, I, p. 157.
Cormenin, *Droit administratif*, p. 28.
M. Goldenberg écrit à ce sujet (*op. cit.*, p. 122) : « A la fin du XIX^e^ siècle, la doctrine enseigne que le Conseil d'Etat est juge du droit dans le contentieux de l'annulation, juge du fait et du droit dans le contentieux de la pleine juridiction. »

au point de vue juridique et de vérifier dans ce but l'existence et la nature des faits ». Mais il vise surtout par là le contrôle de la qualification, de l'application du droit au fait (11). Il signale aussi d'ailleurs le pouvoir étendu que se reconnaît le tribunal administratif dans la recherche du vice de forme.

Nous avons vu plus haut la jurisprudence antérieure à la date (quelque peu théorique, mais commode) de 1906, où l'on admet généralement que la quatrième ouverture débarrassée de la condition des droits acquis prend son plein essor. On peut dire que, si souvent elle comportait un certain examen des faits, c'est surtout sous les apparences du contrôle de la qualification qu'il en était ainsi. Le Conseil d'Etat se refuse souvent à cette époque à vérifier la matérialité des faits allégués par l'administration. Si l'on examine les arrêts antérieurs à 1906 et que l'on en rapproche la formule de celle des arrêts postérieurs, on voit que la ligne de partage ainsi fixée entre l'ancienne et la nouvelle jurisprudence n'est pas purement arbitraire. Par exemple, dans une espèce de Crozals (12) en date du 2 juin 1905, un maire avait été frappé de suspension et contestait la matérialité des faits servant de base à cette mesure, dans une formule que le Conseil d'Etat allait s'approprier quelques années plus tard : « que si la juridiction contentieuse est incompétente pour apprécier les motifs de suspension, elle peut examiner le débat au fond, quand le requérant soutient que les faits qui ont servi de base à l'arrêté sont inexistants. » Le Conseil d'Etat répond que « l'appréciation des motifs invoqués par le Préfet à l'appui de sa décision, alors qu'ils ne constituent pas un détournement de pouvoir, n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat statuant au contentieux. » La même

(11) Laferrière, II, p. 532.
(12) C. E., 2 juin 1905, de Crozals, *Rec.*, p. 493.

formule se trouve à peu près dans un arrêt du 19 janvier 1906 (13).

Beaucoup d'auteurs, notamment M. Bonnard, voient dans l'arrêt Monod (14) du 28 juin 1907, le point de départ de la jurisprudence nouvelle en matière d'examen du fait. Dans cette espèce, le requérant, ancien directeur de l'Assistance au Ministère de l'Intérieur, demandait l'annulation du décret qui l'avait « admis sur sa demande à faire valoir ses droits à la retraite ». En réalité, il n'y avait pas eu de demande faite par le fonctionnaire en question, et l'objet du recours était de faire annuler la décision de mise à la retraite prise consécutivement à cette erreur — volontaire ou involontaire — de fait. Le Conseil d'Etat refuse d'admettre les conclusions aux fins d'annulation, mais sa motivation laisse entendre qu'il eût pu, en présence d'une situation différente, procéder à l'annulation demandée... « Si c'est à tort, *dit l'arrêt*, que le décret attaqué, qui nomme le sieur Mirman en remplacement du sieur Monod, énonce que ce dernier a été admis à faire valoir ses droits à la retraite sur sa demande, l'inexactitude de cette mention n'est pas, *dans les circonstances de l'affaire*, de nature à entacher d'illégalité ledit décret. » Que veut dire exactement cette formule ? Il semble qu'elle s'explique ainsi : le décret aurait valablement pu, étant donnés l'âge et la durée de service du requérant, le mettre à la retraite d'office, sans illégalité. L'allusion à une prétendue demande qu'aurait faite le requérant ne saurait « faire grief au requérant », puisqu'elle n'est pas destinée à masquer une illégalité et à rendre valable une décision qui, sans elle, ne l'eût pas été, mais puisqu'elle constitue en somme un « euphémisme » qui atténue la brutalité de cette mesure, et ceci dans l'intérêt même de celui qu'elle frappe. Néanmoins, la portée de l'arrêt nous semble

(13) C. E., 19 janvier 1906, Gascon, *Rec.*, p. 47.
(14) C. E., 28 juin 1907, Monod, *Rec.*, p. 616.

quelque peu restreinte par le fait que l'administration ne contestait pas l'inexistence de la demande (au contraire de ce que l'on verra plus tard dans l'arrêt Trépont). C'était donc davantage la question de savoir s'il n'y avait pas détournement de pouvoir, ou qualification inexacte d'une mesure disciplinaire qui se posait, bien plus que celle du pouvoir du Conseil d'Etat en matière d'examen du fait.

Un autre arrêt, qui est considéré comme fondamental en notre matière, c'est une décision du Conseil d'Etat du 13 mai 1910 [Dessay] (15). Nous empruntons l'exposé de cette affaire à M. Jèze : « Un militaire ayant été mis en réforme avec un congé n° 2 affirme qu'il est atteint d'une infirmité contractée en service commandé, dans les conditions requises par la loi pour recevoir un congé n° 1. Le ministre refuse de délivrer le congé de réforme n° 1, lequel comporte des avantages supérieurs à celui que confère le congé de réforme n° 2. Le militaire attaque par la voie du recours pour excès de pouvoir le refus du ministre. On le voit, le recours repose tout entier sur l'erreur de fait qui, d'après le requérant, a été commise par le ministre. Le Conseil d'Etat l'avait admis en 1899 [1er déc. 1899, Bonduelle] (16). Il l'a admis à nouveau en 1910 sur les conclusions conformes du Commissaire du Gouvernement, M. Blum. »

Mais ces arrêts, qui sont incontestablement annonciateurs d'un revirement de jurisprudence, sont contredits, vers la même époque, par des décisions qui déclarent en termes formels que l'erreur de fait, même lorsqu'elle est très proche de la violation de la loi au sens de certains auteurs en raison du « caractère légal » des faits, n'est pas de nature à fonder un

(15) C. E., 13 mai 1910, Dessay, *Rec.*, p. 405, et *Rev. Dr. Public*, 1911, Note Jèze, p. 286.

(16) C. E., 1er décembre 1899, Bonduelle, *Rec.*, p. 688.

recours pour excès de pouvoir. C'est ce que décide l'arrêt Hubersen du 18 mai 1910 (17).

Néanmoins, la jurisprudence tendant à l'examen de plus en plus large du fait s'implante, et l'arrêt Gomel, bien connu à beaucoup d'égards, marque une date dans cette évolution. Pour vérifier si le Préfet de la Seine avait ou non appliqué correctement l'article 118 de la loi de 1911, relatif à la protection des sites et des perspectives monumentales dans Paris, le Conseil d'Etat est arrivé à rechercher si la place Beauveau constitue ou non une perspective monumentale (18). Ayant répondu par la négative, il annule en conséquence la décision de refus du permis de bâtir rendue par le Préfet de la Seine. Cet arrêt a exercé une grande influence sur les développements doctrinaux et jurisprudentiels en matière d'erreur de fait.

L'application de la loi du 8 juillet 1908 modifiant l'article 86 de la loi du 5 avril 1884, qui déclare que les arrêtés de suspension et les décrets de révocation frappant les maires et les adjoints doivent être motivés, va donner naissance à des arrêts qui vont poser des principes décisifs en matière de contrôle du fait. C'est un arrêt du 28 juin 1912 [Boisselet] (19) et un arrêt du 18 juin 1915 [Ponsonnaille] (20) qui posent le principe que le Conseil d'Etat peut annuler alors que les faits relevés dans les motifs sont matériellement inexacts. Dans un arrêt Camino du 14 janvier

(17) C. E., 18 mai 1910, Hubersen, *Rec.*, p. 259.

(18) C. E., 4 avril 1914, Gomel, S., 17. 3. 25, note HAURIOU, J. A., II, p. 372.

(19) C. E., 28 juin 1912, Boisselet, *Rec.*, p. 740. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat sanctionnait aussi l'erreur de droit. Il s'agissait d'un maire qui avait été suspendu pour avoir pénétré dans la salle de l'école publique pendant les heures de classe. Avec raison, le Conseil d'Etat releva dans ce motif une erreur de droit, le maire ayant le droit et même le devoir de se livrer à une visite de ce genre.

(20) C. E., 18 juin 1915, Ponsonnaille, *Rec.*, p. 206.

1916 (21), le Conseiller d'Etat Corneille posait les principes suivants, appliqués dans la décision, et qui sont encore à peu près ceux de la jurisprudence : « Si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la *matérialité* des faits qui ont motivé ces mesures, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement *motiver l'application* de la sanction prévue par la disposition précitée. »

Le Conseil d'Etat précise par là sa jurisprudence : examen de la matérialité des faits, refus d'appréciation de l'opportunité; principes sur lesquels plus loin, on aura l'occasion de revenir.

Un arrêt du 22 février 1918 (22) [Congrégation des Sœurs hospitalières de Lyon] montre que le Conseil d'Etat continue à connaître de l'existence des motifs. Mais cet arrêt apporte en plus à la question un élément nouveau d'une grande importance : jusque là, on avait pu prétendre que l'erreur de fait n'entachait la décision administrative d'illégalité que lorsqu'elle était relative à une condition de validité imposée par la loi à l'acte administratif. Par exemple, en matière de perspectives monumentales, le contrôle de l'appréciation du préfet ne serait en somme qu'une annexe du contrôle de la légalité, puisque la condition légale de l'application de l'article 118 de la loi de 1911 est l'existence matérielle d'une perspective monumentale. Or, dans l'espèce du 22 février 1918, la décision administrative attaquée était un décret révoquant l'autorisation accordée à un établissement congréganiste. Le ministre donnait comme motif de cette

(21) C. E., 14 janvier 1916, Camino, *Rec.*, p. 15. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille, dans *Rev. Dr. Public*, 1917, p. 448.

(22) C. E., 22 février 1918, Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon, *Rec.*, p. 187.

mesure que, en fait, l'établissement avait cessé d'exister, et que le retrait d'autorisation était une simple mesure d'ordre. Le Conseil d'Etat établit, au contraire, que la prétendue disparition de l'établissement était inexacte, et que, par suite, « le décret était fondé sur motif erroné » et dès lors « pris en violation de la loi ». Cependant, ce qu'il y a de remarquable dans cette affaire, c'est que l'article 13 de la loi du 1er juillet 1901, auquel l'arrêt se réfère, ne spécifie nullement que les retraits d'autorisation en la matière devront être fondés sur certains motifs ou devront intervenir dans des conditions déterminées d'avance. Il y a une liberté à peu près absolue et, en tout cas, un pouvoir discrétionnaire certain de la part du Gouvernement dans cette matière des retraits d'autorisation (23).

C'est dire que, le décret pouvant être pris en dehors de toute circonstance de fait, l'erreur commise sur l'existence matérielle de ces circonstances de fait pouvait apparaître comme indifférente à la validité de l'acte. Or, il n'en est rien puisque le Conseil d'Etat procède à l'annulation de ce dernier.

Un arrêt (24) de la même année, en date du 5 juillet 1918, précise la pensée de la Haute Assemblée. En l'espèce, il s'agissait d'un officier général du cadre de réserve rappelé à l'activité lors de la mobilisation. Cet officier avait, par la suite, été relevé de son commandement par le ministre de la Guerre, motif pris de ce qu'il n'aurait pas respecté les instructions ministérielles relatives à l'emploi des mili-

(23) Cette liberté d'action du pouvoir exécutif résulte des travaux préparatoires de la loi de 1901 et de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

C. E., 27 mai 1910, Congrégation des sœurs franciscaines de Saint-Chinian, *Rec.*, p. 416. On lit dans cet arrêt que « le législateur a entendu ne subordonner le droit de dissolution à aucune condition, et laisser au Gouvernement le droit d'apprécier les circonstances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage. »

Cf. également : C. E., 21 juillet 1911, Congrégation des Filles du Saint-Esprit (1re espèce), *Rec.*, p. 860.

(24) C. E., 5 juillet 1918, de Noue, *Rec.*, p. 660.

taires du service armé dans les emplois sédentaires. Or, ce grief était inexistant, et le ministre de la Guerre reconnaît lui-même que l'infraction reprochée à l'officier n'avait pas été commise en fait; néanmoins, arguant de son pouvoir discrétionnaire dans cette matière du maintien ou du non-maintien en activité des officiers du cadre de réserve, le ministre refusa de réintégrer le requérant dans ses fonctions.

Voici la décision du Conseil d'Etat à cet égard :

« Considérant que si le ministre de la Guerre est investi, en ce qui touche le maintien ou le non-maintien en activité des officiers placés dans le cadre de réserve, de pouvoirs discrétionnaires, qui comportent une souveraine appréciation de ce que commande l'intérêt du service, il ne pouvait, comme il l'a fait par la décision attaquée du 26 juin 1915, relever cet officier général de son commandement, en se fondant uniquement, ainsi qu'il a été exposé plus haut, sur des faits *matériellement inexacts;* qu'il suit de là que la décision du 26 juin 1915 est entachée d'excès de pouvoir. »

Et le Conseil d'Etat ajoute, afin de montrer qu'il n'entend porter nulle atteinte aux pouvoirs discrétionnaires du ministre, que la seconde décision, qui n'est pas motivée, produira son plein effet.

« Considérant que l'annulation de ladite décision ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que la deuxième décision du ministre de la Guerre, en date du 24 novembre 1915, fondée sur des motifs qu'il lui appartenait d'apprécier, sorte, à partir de cette date, son plein et entier effet... » »

Cette jurisprudence, nous allons en retrouver un écho dans l'arrêt Trépont, en 1922, qui décide dans une matière, où des pouvoirs discrétionnaires sont également reconnus au ministre, que, s'il appartient à ce dernier de prendre envers un préfet telle mesure pour des motifs que lui seul peut apprécier, il ne peut se fonder sur un fait matériellement inexact, tel

qu'une prétendue demande de mise en congé qui aurait été faite par le préfet, alors que celui-ci, en réalité, n'a jamais fait semblable démarche. L'arrêt Trépont est d'ailleurs intéressant à bien d'autres points de vue : il est étudié plus longuement au chapitre suivant (25).

Si nous examinons la jurisprudence entre ces années 1918 et 1922, nous voyons que c'est à peu près vers cette époque que tend à s'établir le principe souvent rappelé par les auteurs qu'il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire de l'Administration, en ce qui concerne la « matérialité des faits », et ceci sans distinction entre les décisions dont la loi a prévu les antécédents et celles où la loi a laissé une entière liberté à l'Administration.

Ce contrôle est, aujourd'hui, généralisé, et il est impossible d'en donner une vue d'ensemble. Il faut seulement en montrer quelques exemples.

La matière des mesures disciplinaires est, à cet égard, extrêmement riche (26), au point qu'elle dispense même de toute étude. Non seulement on voit

---

(25) V. *infra*. Chapitre IV.

(26) Cf. par exemple, parmi des dizaines de décisions semblables relatives aux mesures disciplinaires prises contre des maires et adjoints ou contre des fonctionnaires.

C. E., 7 février 1919, Cazade, *Rec.*, p. 134.
C. E., 26 janvier 1927, de La Fargue, *Rec.*, p. 103.
C. E., 28 janvier 1927, Georgin, *Rec.*, p. 120.
C. E., 23 mars 1927, Champeaux, *Rec.*, p. 370.
C. E., 2 novembre 1927, Duthu, *Rec.*, p. 997.
C. E., 9 novembre 1927, Altier, *Rec.*, p. 1028.
C. E., 6 juin 1928, Michel, *Rec.*, p. 696.
C. E., 9 mars 1929, Barsalou, *Rec.*, p. 291.
C. E., 10 janvier 1931, Polinsky, *Rec.*, p. 24.
C. E., 17 juin 1931, Bascoulès, *Rec.*, p. 640.
C. E., 12 novembre 1931, Saal, *Rec.*, p. 972.
C. E., 7 juillet 1933, Venet et autres, *S.*, 33. 3. 96 et *D. H.*, 33, p. 560.

Comme nous le dirons plus loin, au contrôle de la matérialité des faits se superpose presque toujours, dans cette jurisprudence, le contrôle de leur qualification, notamment de leur caractère disciplinairement répréhensible.

le Conseil d'Etat affirmer son contrôle, en cas d'erreur de fait, par l'annulation, mais, même dans les hypothèses où les décisions attaquées sont régulières, la Haute Assemblée emploie une formule qui est une affirmation de son pouvoir d'examen : « considérant que le requérant n'établit pas l'inexactitude matérielle des faits allégués ». Indiquons tout de suite d'ailleurs quelle est, en matière de mesures disciplinaires, la ligne de conduite du Conseil d'Etat : examen de la matérialité des faits; en de nombreux cas, contrôle de la qualification, examen notamment du caractère disciplinaire des faits reprochés; enfin refus d'apprécier l' « opportunité » de la décision intervenue, en conséquence de ces fautes, dans le cas où elles sont reconnues réelles.

La matière de la police municipale n'est pas moins caractéristique des pouvoirs que se reconnaît le Conseil d'Etat pour contrôler la matérialité des faits allégués par l'administration. En fixant à la police municipale certains buts, la loi a, par cela même, limité son pouvoir d'action à certaines circonstances de fait où l'ordre public est menacé. Et ceci, remarquons-le, rend compte du caractère double que présentent souvent les annulations de décisions de police municipale. Tantôt, l'attention du Conseil d'Etat est concentrée sur les buts poursuivis par le maire, et il s'ensuit une annulation pour détournement de pouvoir, tantôt elle se concentre sur l'absence matérielle des conditions de fait nécessaires à l'exercice du pouvoir de police, et il y a violation de la loi (27).

---

(27) Cf. conclusions de M. Teissier. C. E., Marc, 5 juin 1908, *Rec.*, p. 611 : « Vous appréciez au fond les nécessités de l'ordre public parce que de ces nécessités ressort la vraie ou la fausse application de la loi par l'auteur de l'acte. »

Cf. également :

C. E., 10 août 1917, Baldy, *Rec.*, p. 637, conclusions de M. Corneille.

C. E., 26 décembre 1930, Syndicat d'Initiative de Tourrette-Levens, *Rev. Dr. Public*, 1931, p. 334, avec les conclusions de M. Ettori.

Dans la matière des manifestations sur la voie publique, le Conseil d'Etat procède presque toujours à une vérification des faits. Il y a lieu cependant de distinguer ici entre les manifestations laïques et les manifestations cultuelles. Pour ces dernières, il s'est produit un phénomène que M. Goldenberg analyse très exactement en une « transformation du fait en droit » (28). Il s'agit de la création de présomptions jurisprudentielles qui, dans une certaine mesure, permettent « d'abréger l'examen du fait ». On connaît notamment la distinction établie entre les processions non traditionnelles, d'une part, et les cérémonies ayant trait au culte des morts, et les processions traditionnelles, d'autre part. Alors que dans le premier cas il y a une présomption de la légalité de l'arrêté, il y a une présomption d'illégalité dans le second cas. Ces présomptions ne sont d'ailleurs pas irréfragables, la seconde surtout, mais dans de nombreuses espèces, elles permettent de couper court à l'examen du fait (29).

En ce qui concerne les manifestations laïques, le contrôle s'est surtout exercé au début par le détournement de pouvoir. Aujourd'hui, il semble que le Conseil d'Etat ait tendance à faire directement dépendre la légalité des arrêtés de la réalité des menaces causées à l'ordre public par la manifestation interdite (30). Dans cette matière relative aux sorties de sociétés de musique ou de gymnastique, la Haute Assemblée tient notamment un grand compte des incidents que de semblables manifestations ont antérieurement pu provoquer. D'une façon géné-

---

(28) Goldenberg, *op. cit.*, p. 245.

(29) Cf. C. E., 19 février 1909, Abbé Olivier, *Rec.*, p. 180. Conclusions de M. Chardenet.

Sur cette jurisprudence, classique et connue, nous renvoyons aux traités, et à l'ouvrage de M. Goldenberg.

Cf. également : Andrée Fossier, Les manifestations cultuelles, *Thèse Paris*, 1927.

(30) Cf. Goldenberg, *op. cit.*, pp. 249-250.

rale, le Conseil d'Etat dit si « l'interdiction était justifiée » ou « n'était pas justifiée », ce qui ne peut se faire qu'après un examen détaillé des conditions de fait de l'interdiction (31).

De nombreux exemples des pouvoirs que se reconnaît aussi le Conseil d'Etat dans l'examen du fait peuvent être tirés de la matière du repos hebdomadaire. L'article 2 de la loi du 13 juillet 1906 fixe les conditions de fait nécessaires à l'octroi des dérogations. Il s'agit des cas où le « repos simultané serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement ». Dès les premières espèces, la jurisprudence a été fixée (32). Indépendamment de très importantes questions, notamment celle de savoir si dans les dérogations le préfet est lié absolument par les conditions de fait que nous venons de rappeler, indépendamment des points de détail, l'examen de la matérialité des faits est, depuis les arrêts de 1906, définitivement pratiqué dans la matière (33). Il s'applique d'ailleurs à toutes sortes de questions connexes à l'application de la loi, par exemple sur le point de savoir si certains jours constituaient des fêtes locales (34), et depuis la loi du 29 décembre 1923 sur le point de savoir, au cas d'accord entre les organisations syndicales ouvrières et patronales, si les syndicats en question représentaient bien la majorité des membres de la profession envisagée (35).

---

(31)) C. E., 5 juillet 1918, La Cécilienne, *Rec.*, p. 666.
C. E., 27 avril 1917, La Garrastarrak, *Rec.*, p. 328.
(32) C. E., 30 janvier 1906, Jacquin et autres, *Rec.*, p. 862. Conclusions de M. Romieu.
C. E., 8 mars 1907, Jagot, *Rec.*, p. 245.
C. E., 12 juillet 1907, Montaut, *Rec.*, p. 245.
C. E., 12 novembre 1930, Lemaire, *Rec.*, p. 929.
(33) Le Conseil d'Etat ordonne parfois des mesures d'instruction :
C. E., 30 novembre 1906, Jacob, *Rec.*, p. 883.
C. E., 17 mai 1907, et 2 août 1907, Bloch, *Rec.*, p. 765.
C. E., 28 juin 1907, Canel, *Rec.*, p. 619.
(34) C. E., 22 janvier 1931, Gaunoux, *Rec.*, p. 80.
(35) C. E., 12 juin 1925, Dony et Lemonnier, *Rec.*, p. 573.

Des exemples analogues pourraient être tirés de la matière de la protection esthétique, et notamment des règles concernant l'application de l'article 118 de la loi de 1911. Depuis l'arrêt Gomel, de nombreuses espèces analogues (36) se sont présentées au Conseil d'Etat, qui s'est toujours reconnu juge du point de savoir si le refus du permis de bâtir avait été légitimement refusé aux requérants, c'est-à-dire si la construction projetée portait atteinte à une perspective monumentale. Dans ces cas, il y a, en réalité, deux questions à trancher par la Haute Juridiction : la question de savoir si en fait existe une perspective monumentale; la question de savoir si les constructions projetées y portent atteinte.

La première a d'ailleurs été parfois présentée comme une question de pure qualification (37). Il faut cependant observer que la notion de perspective monumentale n'est pas définie par la loi, qui s'en remet au jugement esthétique normal. L'appréciation du caractère monumental d'une perspective est même en un sens une question d'opportunité. On se trouverait, dans notre espèce, dans un de ces cas dont parle Michoud, où l'opportunité est un élément de la légalité (38).

Il serait vain de multiplier à l'infini les exemples d'une jurisprudence constante qui joue dans beaucoup de domaines. On trouve la règle de l'exa-

---

(36) C. E., 1er août 1914, Wiriot et Pillot, *Rec.*, p. 1011.

C. E., 24 mars 1922, Salin, Lévy et Michel, *Rev. Dr. Public*, 1923, pp. 43 et suiv.

C. E., 18 décembre 1931, Fenaille, *Rev. Dr. Public*, 1932, p. 83. Conclusions de M. Ettori, note de M. Jèze.

Cf. également :

Devaux, La protection des sites et des monuments naturels de caractère artistique, *Rev. Dr. Public*, 1925, p. 243.

Duez, Police et esthétique de la rue, *D. H.*, 1927, Chronique, p. 16.

(37) Cf. Goldenberg, *op. cit.*, p. 231 : « La place Beauveau répond-elle à la définition légale de la perpective ? »

(38) Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire, *Rev. Gén. d'Administration*, 1914, pp. 199 et suiv.

men du fait toujours vivante dans les espèces classiques de la délimitation du domaine public (39), de l'admission à l'entrepôt (40). Elle ne l'est pas moins dans des hypothèses plus récemment apparues ou plus récemment multipliées, telles que l'existence des « circonstances exceptionnelles » pour la création des services publics industriels ou commerciaux (41), le caractère « suffisant » du logement des instituteurs (42), etc.

Néanmoins, il est impossible de passer sous silence toute la jurisprudence qui s'est développée depuis l'arrêt Trépont dans des espèces où le Conseil d'Etat a fait appel à la notion de cause. Lorsqu'une mesure est présentée comme prise sur la demande d'un fonctionnaire et que cette demande en fait est contestée, le Conseil d'Etat examine la réalité de cette demande ; et si, volontairement ou involontairement, une erreur a été commise par l'Administration sur ce point, le Conseil d'Etat annule la décision qui manque ainsi de « cause juridique ». Le même système est utilisé pour sanctionner de prétendus licenciements pour suppression d'emploi alors que la sup-

---

(39) Par exemple :

C. E., 12 janvier 1934, dame Vve Lacoste, *D. H.*, 34, p. 185 (nomination d'un *enquêteur* dans une espèce de délimitation du domaine public fluvial).

(40) C. E., 4 août 1905, Cie du Métropolitain, *Rec.*, p. 744.

C. E., 11 mars 1925, Fouchart, *Rec.*, p. 253.

(41) Cette matière est très étudiée et, d'ailleurs, en voie d'incessante évolution.

Cf. REVEL, L'extension de la compétence commerciale en matière économique, *Thèse Lille*, 1928.

HAURIOU, Précis, p. 227.

Cf aussi :

Conclusions de M. Josse sous l'arrêt du C. E., Chambre Syndicale des Epiciers de Nevers, *Rev. Dr. Public*, 1930, p. 53.

C. E., 27 février 1931, Giaccardi, *Rec.*, p. 225.

(42) C. E., 24 juin 1910, Pille, *Rec.*, p. 500.

C. E., 21 mai 1920, Commune de Quenza, *Rec.*, p. 540.

C. E., 9 avril 1930, Ville d'Ussel, *Rec.*, p. 405.

pression d'emploi alléguée n'a pas été effective ou a été entachée de détournement de pouvoir (43).

Il serait étonnant qu'une jurisprudence touchant à des matières aussi diverses (44) du droit administratif fut sans exceptions ni anomalies. Si à l'heure actuelle le principe est qu'il n'y a pas, suivant la formule de M. Bonnard, de pouvoir discrétionnaire pour l'Administration, en ce qui touche la matérialité des faits, il y a des espèces où au contraire, on voit le Conseil d'Etat déclarer par exemple que le moyen étant de « pur fait » n'est pas recevable dans un recours pour excès de pouvoir. A quoi tiennent ces exceptions, que l'on peut vraiment qualifier de telles depuis une dizaines d'années, à l'égard du principe que nous venons de rappeler ?

A notre sens, on peut les diviser en deux catégories, d'importance juridique très différente à vrai dire. La première constitue ce que l'on peut appeler la classe des décisions vraiment exceptionnelles ou plutôt qui ne s'expliquent que par des considérations d'espèce et qui traduisent, plutôt qu'une pensée juridique de la Haute Assemblée, son désir d'écarter une requête évidemment mal fondée ou reposant sur des conjectures bien aléatoires. Il faut avoir le courage de dire cette vérité évidente : que le Conseil d'Etat n'a pas pu, pendant des années, appliquer sans défaillance une jurisprudence, contre laquelle militent parfois des raisons d'espèce. La seconde catégorie de décisions rejetant les moyens fondés en fait, beaucoup plus intéressante du point de vue théorique,

---

(43) Cf. *infra*, ch. IV.

Cf. également un arrêt antérieur à l'arrêt Trépont.

C. E., 29 octobre 1920, Grégoire, *Rec.*, pp. 882 et

C. E., 24 mars 1922, Rang des Adrets, *Rec.*, p. 273.

(44) Répétons encore que nous n'avons pu donner qu'un aperçu très étroit de l'examen de fait qui, en réalité, a envahi toutes les matières contentieuses. Il est plus facile de définir cette jurisprudence par ses exceptions que par ses applications.

comporte un ensemble d'arrêts qui semblent reconnaître une certaine souveraineté à des organismes administratifs.

Dans la première catégorie, il faut ranger sans hésiter, croyons-nous avec le Doyen Hauriou, un arrêt Mariani du 27 mars 1925 (45) qui, entre les arrêts parfaitement cohérents, relatifs à la situation des fonctionnaires et à leur classement dans des positions diverses, à raison de faits déterminants, allègue au contraire, pour rejeter la requête, « que le sieur Mariani soutient qu'il était en droit, en raison de son état de santé, d'obtenir un congé pour maladie avec traitement complet; qu'il soulève ainsi uniquement *une question de fait* qu'il n'est pas recevable à soumettre au Conseil d'Etat par la voie d'un recours pour excès de pouvoir présenté sans le ministère d'un avocat. » Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a surtout voulu écarter l'examen de faits qui étaient extrêmement difficiles à établir à sa barre, et il a préféré, en somme, s'en remettre à la compétence de l'Administration. Cependant, comme le marque avec justesse le Doyen Hauriou, du moment que le Conseil d'Etat contrôle l'appréciation des faits lorsque ceux-ci sont « déterminants pour des situations juridiques », il n'y a pas de raison pour écarter certaines catégories de ces faits, comme la maladie par exemple. Au surplus, cette exception est d'autant plus étonnante que, souvent, dans la matière des emplois réservés, le Conseil d'Etat se fait juge de l' « aptitude physique des candidats aux emplois postulés » (46).

On trouve de façon constante, dans les recueils d'arrêts, des décisions de cet ordre. Par exemple un

(45) C. E., 27 mars 1925, Mariani, S., 27. 3. 57., note HAURIOU, et J. A., II, p. 388.

(46) C. E., 2 août 1924, Laurens, *Rec.*, p. 777. - 25 janvier 1928, Obadia Maklouf, *Rec.*, p. 111.

arrêt antérieur au précédent (47) refuse tout contrôle des faits par le Conseil d'Etat à l'occasion de la fermeture d'une maison de débauche, par l'autorité municipale, alors que, généralement, le Conseil d'Etat, suivant les conclusions déjà anciennes de M. Teissier « apprécie au fond les nécessités de l'ordre public parce que de ces nécessités ressort la vraie ou la fausse application de la loi par l'auteur de l'acte. » Il en est de même pour un arrêt du 31 octobre 1930 où le Conseil d'Etat refuse de contrôler l'appréciation faite par l'Administration de l'aptitude physique d'une employée des P. T. T. qui redemande sa réintégration (48). De la même façon, un arrêt du 23 octobre 1931 (49) déclare, dans une espèce où un fonctionnaire contestait la réalité d'une prétendue absence irrégulière « que la solution du litige ainsi soulevé par le sieur Gaboriaud dépend de l'examen d'une question de fait et ne saurait être discutée devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir » (50).

La seconde catégorie des décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat se refuse à l'examen du fait révèle au contraire une pensée juridique constante de la part de la Haute Assemblée. Il s'agit généralement de décisions prises par un organisme administratif auquel le juge reconnaît non seulement un certain pouvoir discrétionnaire, mais même une souveraineté entière sur les questions de fait, en raison, semble-t-il, de sa compétence technique.

Nous écartons naturellement tout le domaine de la cassation et du contrôle exercé par le Conseil

(47) C. E., 13 février 1924, Forbras, *Rec.*, p. 169.
(48) C. E., 31 octobre 1930, Dlle Richard, *Rec.*, p. 886.
(49) C. E., 23 octobre 1931, Gaboriaud, *Rec.*, p. 893.
(50) Cf. également :
C. E., 23 juillet 1924, Grégoire, *Rec.* p. 725.
C. E., 15 décembre 1926, Moine, *Rec.*, p. 1098.
C. E., 24 mars 1926, Battesti, *Rec.*, p. 335.
C. E., 16 juin 1926, Ubesi-Trinca, *Rec.*, p. 606.

d'Etat sur les juridictions inférieures, qui se distingue nettement du domaine du recours pour excès de pouvoir (51). C'est ainsi que nous écarterons les décisions intervenues au sujet d'arrêts de la Cour des Comptes, des Cours régionales, des pensions, de décisions de la Commission supérieure des bénéfices de guerre, de la Commission supérieure de classement des établissements de luxe, du Conseil supérieur de l'Instruction publique, etc., tous organismes que l'on considère généralement comme de véritables juridictions, soumises par suite au contrôle du Conseil d'Etat par le recours en cassation (52).

Il est au contraire une catégorie d'organes administratifs qui sont traditionnellement considérés par le Conseil d'Etat comme souverains sur les questions de fait, sans que, à vrai dire, on soit d'accord pour leur reconnaître le caractère de juridictions et pour faire des recours formés contre leurs décisions des recours en cassation.

Il s'agit des commissions instituées par les lois d'assistance (53), et dont le détail est assez complexe. D'une part, la loi du 14 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite a organisé des commissions cantonales chargées de statuer sur les réclamations portées contre les décisions du Conseil municipal, relatives aux inscriptions sur la liste d'assistance. La loi du 17 juin 1913 sur l'assistance aux femmes en couches s'est référée à ces dispositions. D'autre part, la loi du 13 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables a institué des commissions

(51) Cf. Font-Reaulx : Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs. *Thèse Poitiers*, 1930.

(52) Font-Reaulx, *op. cit.*, pp. 85-128.

(53) Loi du 14 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite.

Loi du 13 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables.

Loi du 17 juin 1913 sur l'assistance aux femmes en couches.

Loi du 14 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nombreuses.

cantonales avec appel à la Commission centrale d'assistance siégeant au ministère de l'Intérieur.

C'est à cette dernière organisation qu'a renvoyé la loi du 14 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nombreuses.

Sur la nature juridique de ces commissions, il semble, dit M. de Font-Réaulx, que la jurisprudence ait été amenée à faire une distinction entre les deux types de commissions : commisions cantonales de la loi de 1893 et commissions cantonales et centrale de la loi de 1905. Les secondes constitueraient de véritables juridictions, et le recours contre leurs décisions serait un véritable recours en cassation (54).

Au contraire, les commissions de la loi de 1893 seraient de simples autorités administratives, et c'est le recours pour excès de pouvoir qui pourrait être formé contre leurs décisions.

Néanmoins, il est de jurisprudence constante que dans l'examen de ces recours, le Conseil d'Etat se refuse à contrôler l'exactitude des faits matériels d'indigence. Le Conseil d'Etat déclare par exemple que « l'appréciation faite par la Commission cantonale des ressources du requérant n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. » (55) Il se fonde généralement sur ce que la loi de 1893, dans son article 17, déclare qu' « il sera statué souverainement » par ces commissions. D'ailleurs, cette disposition de la loi n'a pas été considérée comme exclusive du recours pour excès de pouvoir, que le Conseil d'Etat admet en cette matière en vertu de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qui est considéré par lui comme un texte

(54) C. E., 12 juin 1914, Moïse, *Rec.*, p. 691.

(55) C. E., 18 mai 1923, Commune de Montreuil-aux-Lions, *Rec.*, p. 410.

C. E., 2 février 1923, Duchesne, *Rec.*, p. 389.

C. E., 5 décembre 1923, Commune de Gigondas, *Rec.*, p. 797.

C. E., 21 octobre 1931, Commune de Verger-sur-Dive, *Rec.*, p. 885.

absolument général dont l'application n'est suspendue que par une disposition formelle contraire. D'où il suit que, incompétente sur la question de fait, la Haute Assemblée ne statue pas moins sur les questions de droit soulevées par les décisions de ces commissions. Il s'opère donc ici un partage analogue à celui que l'on trouve dans les recours en cassation entre le fait et le droit, mais ce partage n'est pas fondé sur une limitation interne née du recours, mais sur la souveraineté reconnue par la loi aux autorités inférieures, et qui est interprétée comme une souveraineté sur les questions de fait.

Il existe une seconde série de décisions dans lesquelles on voit le Conseil d'Etat reconnaître une souveraineté sur les questions de fait aux autorités administratives. Il s'agit des décisions des jurys d'examens ou de concours.

Les jurys ou les commissions de cette sorte ont, en effet, à établir une appréciation qui est d'un ordre assez complexe, et qui dépasse certainement un examen de la matérialité des faits. Cette appréciation est pourtant, selon nous, totalement différente d'une opération de qualification juridique; c'est un jugement de valeur avec référence à des critères entièrement en dehors du droit. Nous avons vu plus haut par quel mécanisme on pouvait transformer beaucoup de jugements de fait en jugements de qualification; comment, par exemple, le point de savoir si des travaux ont un caractère confortatif peut revêtir un aspect de question juridique, si on pose la question par rapport au sens légal du mot « confortatif ». Ici, rien de semblable n'est possible,, et avec le système d'interprétation le plus subtil, on ne peut ramener l'appréciation d'un jury d'examen à une opération de qualification.

Le Conseil d'Etat semble n'admettre qu'une limite aux pouvoirs des jurys : c'est « l'absence de sincérité de l'examen » ou la fraude. Il se reconnaît d'ail-

leurs (au moins par une déduction *a contrario*) compétent pour examiner les faits qui seraient de nature à révéler ces vices. Mais il se refuse absolument à tout contrôle des notes ou appréciations dont le candidat évincé se plaindrait. Tout au plus, semble-t-il admettre que son contrôle peut s'exercer sur les erreurs matérielles — erreur d'addition dans le décompte des points — dans le cas où elles sont de nature à changer le résultat de l'examen (56). Le Conseil d'Etat sanctionne aussi ce que l'on peut appeler les erreurs de droit des commissions d'examen, dans le cas par exemple où une majoration de points pour services de guerre aurait été accordée à un candidat en dehors des cas prévus par les règlements (57).

Mais en ce qui concerne l'appréciation même des épreuves, il n'y a pas de contrôle juridictionnel. Par exemple, un arrêt du 24 février 1932 (58) s'exprime ainsi :

« Considérant que, dans sa requête, le sieur Filippi se fonde exclusivement sur ce que la commission chargée de coter les épreuves du concours ouvert le 18 février 1930 pour trois emplois de vérificateur du service téléphonique de l'Algérie aurait fait une appréciation inexacte de la valeur des compositions du requérant; que ce moyen présente à juger une question qui ne saurait être discutée devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. »

On trouve des décisions analogues par exemple en matière de notes délivrées par les commissions d'examen prévues par le règlement d'Administration publique du 13 juillet 1923 pour les emplois réservés (59).

---

(56) C. E., 9 janvier 1929, de Montbrial, *Rec.*, p. 30.
(57) C. E., 25 juin 1931, Chaveriat, *Rec.*, p. 685.
(58) C. E., 24 février 1932, Bastianesi et Filippi, *D. H.* 32 p. 208.
(59) C. E., 10 juillet 1930, Alexandre, *Rec.*, p. 711.

On sait également que le Conseil d'Etat reconnaît que les commissions de réforme (60) sont souveraines sur les questions de fait, ainsi que les conseils de régiment [en matière de rengagement tout au moins] (61).

Toutes les exceptions que nous venons de voir à la règle de l'examen du fait par le Conseil d'Etat sont généralement justifiées par les auteurs (62) par l'idée qu'il s'agit, dans de telles espèces, d'un contrôle exercé non sur de simples autorités administratives mais sur de véritables juridictions. « Tantôt, écrit M. Goldenberg (63), la loi elle-même prend partie sur le caractère d'un organe en donnant à ses décisions un caractère définitif (c'était le cas auquel pensait Laferrière); les arrêts déduisent alors de la nature juridictionnelle affirmée par le législateur la procédure à suivre, tantôt, au contraire, là où le législateur n'a pas pris parti, le Conseil d'Etat suit la marche inverse, il considère la procédure prescrite par les textes, constate qu'elle est semblable à celle qu'il imposait tout à l'heure lui-même comme un effet de la nature juridictionnelle et en déduit, pour les décisions prises, suivant cette procédure, une nature juridictionnelle ainsi que des voies de recours semblables à celles qui sont assignées aux décisions reconnues comme juridictionnelles par la loi. »

La conclusion est peut-être un peu rapide, et c'est accorder un peu trop facilement le caractère juridictionnel à des décisions dont l'allure est cependant assez semblable aux décisions purement administratives. En tout cas, si controversée que soit la notion de l'acte juridictionnel, elle ne peut s'appliquer,

(60) C. E., 18 mai 1917, Tisseirre, *Rec.*, p. 396.
C. E., 6 août 1920, Gély, *Rec.*, p. 825.
(61) C. E., 7 août 1911, Chaillon, *Rec.*, p. 959.
(62) P. ex. HAURIOU, note sous l'arrêt Mariani précité et Bonnard, article précité de la *Rev. Dr. Public*, 1923.
(63) p. 311.

semble-t-il, aux décisions des jurys d'examen ou de concours qui ne tranchent aucune question juridique et résolvent un problème absolument en dehors du droit. D'autre part, admettre que les divers organismes examinés constituent des juridictions, c'est admettre aussi que le recours exercé contre leurs décisions est un recours en cassation, ce qui est contraire à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Tout au plus peut-on parler, à propos de ces organismes, d'un certain caractère juridictionnel.

Ce qui, croyons-nous est beaucoup plus certain que ce caractère juridictionnel, c'est le caractère technique et spécialisé de ces organismes qui impose une séparation des compétences entre le juge administratif et eux. Tantôt elle est définie par la loi (comme pour les commissions d'assistance) tantôt elle s'impose par la nature même des choses comme pour les jurys d'examen.

Résumons nos conclusions en ce qui concerne le contrôle de la matérialité des faits par le Conseil d'Etat : Le principe est que l'erreur commise sur la matérialité des faits fondant une décision est un vice entraînant l'annulation.

A ce principe, deux séries d'exceptions sont constatées : d'une part, celles qui résultent de considérations d'espèces; d'autre part, celles qui résultent d'un partage de compétences en faveur d'autorités administratives inférieures à base de compétence technique.

Sous-Section II

LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DU DROIT AU FAIT.

L'examen de la matérialité des faits terminé, il reste à voir si les conséquences de droit des faits ainsi établis ont été correctement déduites. Or, c'est dans cette phase que les questions sont les plus complexes et que, notamment, se pose le problème du

contrôle de « l'opportunité » ou de l'usage du pouvoir discrétionnaire. Dans un but de simplification, nous allons tout de suite parler de la question de la « qualification légale » des faits, qualification qui est toujours du ressort du juge de l'excès de pouvoir. Il est normal que le Conseil d'Etat, dont les pouvoirs vont jusqu'à l'examen du fait, contrôle également la qualification donnée aux faits, c'est-à-dire la catégorie de droit dans laquelle ils doivent entrer. En matière de police municipale, le juge de l'excès de pouvoir doit apprécier les « nécessités de l'ordre public » et ceci l'amène à déterminer quels sont les éléments de l'ordre public (64). Nous savons que le jugement esthétique que le Conseil d'Etat peut être amené à porter sur l'existence ou l'inexistence d'une perspective monumentale a été considéré parfois comme une opération de qualification. Il faut surtout signaler à cet égard la très vaste jurisprudence en matière de mesures disciplinaires prises à l'égard des fonctionnaires ou des maires et adjoints, jurisprudence qui est, depuis l'arrêt Camino (65), caractérisée par une triple formule: « contrôle de la matérialité des faits, contrôle du caractère disciplinaire des faits reprochés, absence de contrôle relativement à l'opportunité de la mesure prise ». Si l'on excepte quelques arrêts où des raisons d'espèce militaient contre le contrôle, le Conseil d'Etat exerce toujours un droit de regard sur la qualification exacte des faits reprochés en matière disciplinaire (66). Mais,

---

(64) Cf. par exemple :
C. E., 7 novembre 1924, Club Sportif Indépendant Châlonnais, *Rec.*, p. 863.

(65) Cf. dans l'arrêt Camino, les conclusions de M. Corneille : « Il appartient au Conseil d'Etat, d'une part de vérifier la matérialité des mesures prises et, d'autre part, dans les cas où les faits seraient établis, de rechercher s'ils pouvaient, en droit, donner lieu à une mesure disciplinaire. »

(66) Cf. par exemple :
C. E., 28 novembre 1924,Jouzier, *Rec.*, p. 955.
C. E., 4 janvier 1928, Kneipp, *Rec.*, p. 1.
C. E., 22 octobre 1930, Galibert, p. 846.

en revanche, et sauf exceptions, il se reconnaît incompétent pour en apprécier le plus ou moins grand degré de gravité (67).

Il va de soi que le Conseil d'Etat exerce toujours le contrôle de la qualification, puisque la qualification est un élément de droit de l'opération administrative. Citons-en des exemples absolument au hasard. Les frais d'une instance en diffamation intentée par le maire d'une commune contre le gérant d'un journal local n'ont pas le caractère de dépenses d'intérêt communal (68). Un inspecteur d'assurances ne peut être considéré comme un voyageur ou un représentant de commerce au sens de la loi du 2 août 1927 (69). De la même façon, le juge de l'excès de pouvoir peut avoir à examiner : si tels services d'un fonctionnaire sont, au sens de la loi, des services militaires (70); si des gisements de pétrole doivent être rangés dans la catégorie des mines (71), etc.

Ne nous attardons pas sur le contrôle ainsi exercé sur ces opérations de qualification : elles sont dans le rôle normal d'un juge, même simple juge des questions de droit.

C. E., 12 novembre 1930, Bardot, *Rec.*, p. 925.

C. E., 9 janvier 1931, Le Moign. *Rec.*, p. 11.

Cf. également : C. E., 6 août 1927, Morin (Faits qualifiés « fautes contre l'honneur », et entraînant radiation de la Légion d'honneur), *Rec.*, p. 980.

(67) C. E., 3 juillet 1931, Le Scornet, *Rec.*, p. 736.

Cependant, parfois, le Conseil d'Etat indique qu'une mesure est en rapport avec la « gravité », des faits reprochés.

C. E., 10 avril 1930, *Rec.*, p. 422, Rouffignac.

C. E., 12 mai 1931, Courtois, *Rec.*, p. 514 : « ... cette mesure était justifiée par la gravité des faits qui étaient reprochés au requérant. »

(68) C. E., 1er juillet 1932, Lallemand, *D. H.*, 32, p. 480.

(69) C. E., 17 juin 1932, Union syndicale des voyageurs de commerce, *D. H.*, 32, p. 415.

(70) C. E., 12 février 1930, Berthou, *Rec.*, p. 167.

(71) C. E., 2 juillet 1924, Bridoux, *Rec.*, p. 633.

La question devient autrement épineuse si l'on veut avoir une idée d'ensemble du contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur des éléments de l'acte qui ne se rattachent ni à la matérialité brute des faits, ni à leur qualification légale, mais au pouvoir d'appréciation que l'on reconnaît à l'agent sous le nom de pouvoir discrétionnaire. Laissons de côté les problèmes théoriques (72) sur l'origine ou la fonction du pouvoir discrétionnaire et ne l'envisageons que sous un aspect très simple. Il semble se concentrer sur deux éléments distincts de l'acte : D'une part, il comporte une certaine appréciation — indépendante de la qualification — sur les faits matériels servant de base à l'acte; par ailleurs, il comporte l'appréciation de l'acte qui doit ainsi découler de la situation de fait établie. Disons tout de suite — c'est une des conclusions futures de ce travail — que d'ores et déjà l'existence des faits influe sur l'acte à venir; il le circonscrit dans certaines catégories, et par exemple l'existence d'une maladie chez un fonctionnaire indique tout de suite dans quelles limites peut se mouvoir le pouvoir discrétionnaire de l'administration supérieure, notamment en excluant l'hypothèse d'une mesure d'ordre disciplinaire. Mais l'appréciation de cet ensemble d'éléments que l'on appelle l'opportunité et que l'on confond généralement avec le pouvoir discrétionnaire, cette appréciation est-elle soumise au contrôle du juge du fait ? Ceci est essentiel, car, nous l'avons déjà vu, la limite des pouvoirs d'investigation du juge de l'excès de pouvoir ne se déduit pas de la distinction du fait et du droit, mais du partage des compétences résultant de la confrontation des pouvoirs du juge avec le pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est ce problème que nous allons, sinon résoudre, du moins nous efforcer de placer dans son cadre.

(72) Sur ces points, V. *infra*, section suivante, et 3e partie, ch. II.

Section III

Opportunité et légalité : Y a-t-il un contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ?

Le problème du contrôle du pouvoir discrétionnaire est un exemple typique des discussions nées de différences de vocabulaire bien plus que de contradictions sur des points fondamentaux. Aussi nous semble-t-il qu'il faille commencer par des définitions et des éclaircissements de langage.

En premier lieu, comment se pose le problème du contrôle du pouvoir discrétionnaire ? Il y a deux sens du pouvoir discrétionnaire : d'une part, le pouvoir discrétionnaire représente la marge d'indépendance dont jouit l'Administration par rapport au juge; d'autre part, il représente la marge d'indépendance dont elle jouit par rapport à la loi. Que si l'on nous objecte que le juge n'appliquant jamais que la loi, le sens est le même dans les deux cas, il faut répondre que, précisément, le problème posé est de savoir si le juge ne va pas au delà du contrôle de la légalité. Donc, quitte à constater plus tard l'identité des deux sens, il faut les distinguer soigneusement dans cette discussion. Y a-t-il un contrôle du pouvoir discrétionnaire entendu comme la marge d'indépendance de l'Administration à l'égard du juge ? Question absurde, puisque là où il y aurait contrôle, il n'y aurait plus pouvoir discrétionnaire. Mais y a-t-il un contrôle du juge exercé dans cette marge d'indépendance que la loi laisse à l'Administration ? Voilà la question primordiale qui se ramène à celle-ci : le juge de l'excès de pouvoir est-il juge de la seule légalité ? Ne peut-il pas examiner les actes qui lui sont déférés à un autre point de vue : celui de l'opportunité ? On a admis cette dernière

proposition dans la doctrine (73), puis elle a été vivement repoussée. Chose curieuse, d'ailleurs, et qui appelle l'attention sur le vocabulaire, c'est que, de part et d'autre, on invoque la même jurisprudence en faveur des deux opinions opposées.

Il semble qu'une précision des termes employés soit indispensable, et si elle ne fait pas évanouir le problème posé, du moins le circonscrit-elle singulièrement.

D'abord que veulent dire par exemple M. Bonnard et M. Réglade lorsqu'ils affirment que le contrôle de l'excès de pouvoir est le pur contrôle de la légalité ? Entendent-ils que le juge se borne à appliquer purement et simplement la loi ou les textes ? Non, car tout de suite ils précisent que pour eux la légalité est faite de l'ensemble des règles de droit, quelle qu'en soit l'origine, qu'elles soient incluses dans un texte ou qu'elles soient coutumières. Voilà qui change singulièrement l'aspect du problème, car il est évident que si la règle au nom de laquelle la jurisprudence exerce son contrôle — en dehors de la loi stricte — fait partie de la légalité, il n'y aura jamais que contrôle de la légalité, et le problème disparaît. Si une pratique jurisprudentielle contrôlant l'opportunité s'établit, elle constituera une règle de droit faisant partie de la légalité, et dans ce cas, le contrôle de l'opportunité sera intégré au contrôle de la légalité. Il va de soi que les choses ne sont pas aussi simples qu'elles le paraissent dans ce schéma, sinon la discussion n'aurait jamais eu lieu. Comme la distinction du fait et du droit, le problème du contrôle de l'opportunité est étroitement lié au problème du système d'interprétation et des sources, ce qui expliquerait que les théories opposées puissent à la

(73) Hauriou admet ou semble admettre un certain contrôle de l'opportunité dans le domaine de la moralité.

Cf. Welter, thèse précitée, et Goldenberg, *op. cit.*

Le Fur, La protection juridictionnelle des franchises locales, *Rev. Gén. d'Administration*, 1911.

fois être exactes toutes deux en même temps, parce que se référant à deux systèmes d'interprétations et de sources distincts.

En effet, il faut noter que l'opposition entre légalité et opportunité est toute relative. Il y a, en effet, dans la légalité toute une part d'opportunité intégrée: définir les buts et les conditions d'action de la police c'est définir l'opportunité de cette action. Au fond, le problème est assez mal posé — et Michoud l'avait bien vu — en ce que, en opposant légalité et opportunité on oppose deux notions de nature différente. La légalité est une notion d'ordre juridique et formel : a le caractère légal, le contenu de la règle de droit. Au contraire, l'opportunité est une notion matérielle et pratique : c'est l'adaptation des moyens aux buts. De sorte que, suivant la remarque souvent faite, il n'y a pas opposition de principe entre ces deux éléments : la légalité peut être faite d'une certaine opportunité, si la règle de droit en dispose ainsi, et par exemple la notion de dépenses d'intérêt communal est un cas de l'intégration de l'opporunité à la légalité. Ce qui s'oppose ce n'est pas la légalité et l'opportunité, mais *l'opportunité légalement définie à l'opportunité laissée à l'appréciation de l'agent.*

Ceci dit, il est évident que tout notre problème se débat dans une zone neutre où, dans le contrôle du pouvoir de l'agent, les uns voient la mise en œuvre de la règle de droit, les autres un examen par delà cette règle de droit. Comment se présente ce débat ?

Il faut d'abord se rallier incontestablement aux adversaires du contrôle de l'opportunité lorsqu'ils présentent un texte clair et précis d'où il ressort que les éléments de l'opportunité ont été définis par la loi , et ainsi intégrés à elle. Il en est ainsi par exemple en matière de dérogation au repos hebdomadaire, en matière de protection des perspectives monumentales. Etant donné certains faits, l'agent doit avoir

une certaine conduite : l'opportunité de sa conduite est ainsi définie objectivement et légalement.

Mais il est des cas nombreux où le contrôle exercé par le Conseil d'Etat se rattache de bien moins près à un texte, et c'est très vraisemblablement à des hypothèses de ce genre que l'on fait allusion lorsque l'on parle du contrôle de l'opportunité exercé par le Conseil d'Etat. Par exemple, M. Goldenberg (74), voulant prouver l'existence du contrôle de l'opportunité, allègue toute la jurisprudence qui s'est développée et concrétisée en matière de manifestations cultuelles, au point de former un corps de règles autonomes; il met aussi en avant le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur les motifs de révocation des employés en l'absence de tout texte. Il est bien certain que, quelle que soit la subtilité des analyses des auteurs attachés à montrer que partout où il y a contrôle c'est qu'il y a des questions de légalité en jeu, par l'intermédiaire de la compétence liée; quelle que soit leur autorité, l'examen de la jurisprudence laisse l'impression indéfinissable que le Conseil d'Etat va plus loin qu'un contrôle pur et simple de la légalité. Et cette impression est d'autant plus inexplicable qu'à de multiples reprises les arrêts, aussi bien en matière disciplinaire (75) que dans les espèces de

---

(74) *op. cit.*, p. 109.

(75) Dans cette matière, le refus qu'oppose le Conseil d'Etat à toute demande de contrôle de l'opportunité est en quelque sorte une clause de style.

Par exemple, cf. parmi les derniers arrêts publiés :

C. E., 8 janvier 1930, Bouty, *Rec.*, p. 8.

C. E., 10 avril 1930, Rassarattinamepille, *Rec.*, p. 416.

C. E., 14 mai 1930, Arrault, *Rec.*, p. 497.

C. E., 10 juin 1931, Barrère, *Rec.*, p. 607.

C. E., 30 juin 1933, Dupuy, *D. H.*, 33, p. 496.

Le Conseil d'Etat a même une tendance, lorsque l'appréciation des faits ayant motivé la mesure disciplinaire se rapporte à la manière d'exécuter le service, à distinguer « l'appréciation » de la « qualification ». La seconde est sous son contrôle, non la première.

Cf. C. E., 28 mars 1931, Roca, *Rec.*, p. 417 (refus d'exécuter le service).

police municipale (76), ou dans la jurisprudence relative aux divers classements des voies publiques (77), affirme son impuissance à contrôler l'opportunité des décisions (78). A peine trouve-t-on au hasard d'un arrêt l'affirmation que la gravité des faits justifie une mesure de révocation (alors que la gravité des fautes est matière d'appréciation discrétionnaire). Mais généralement, c'est par une voie beaucoup plus détournée que s'introduit le contrôle de l'opportunité. Cette voie, nous la connaissons: c'est la méthode d'interprétation officielle qui consiste à rattacher à la loi de façon assez fictive des règles de droit dont la jurisprudence est, en réalité, le véritable auteur. Ainsi on va pouvoir intégrer certaines questions d'opportunité à la légalité. Un exemple frappant va illustrer notre raisonnement : il s'agit d'un arrêt du 5 juillet 1929 (79) [ministre du Travail], intervenu, disons-le tout de suite sur un pourvoi contre un arrêté d'un Conseil de Préfecture. Mais la solution eût été la même dans un recours pour excès de pouvoir, car on verra que le problème est résolu au fond indépendamment des considérations relatives à la nature du recours. Il s'agit en l'espèce de l'application de l'article 154 du livre II du Code du Travail. D'après cet article, les visites effectuées par les délégués mineurs dans les entreprises de leur ressort « sont payées par le Trésor aux délégués comme jour-

---

C. E., 23 octobre 1931, Gaboriaud, *Rec.*, p. 893 (absences irrégulières).

C. E., 27 mars 1930, Azéma, *Rec.*, p. 355 (distinction curieuse entre les questions de *fait* et les questions *d'appréciation*).

(76) Cf. BONNARD, art. précité.

(77) C. E., 22 novembre 1918, Vve Durand, *Rec.*, p. 1030.

(78) Cf. pour la réserve de l'opportunité dans divers domaines :

C. E., 18 mai 1925. Ville de Pamiers, *Rec.*, p. 489.

C. E., 19 novembre 1926, Ville de Strasbourg, *Rev. Dr. Public*, 1927, p. 205, conclusions de M. Cohen-Salvador.

C. E., 9 janvier 1929, Friard, *Rec.*, p. 24.

C. E., 10 avril 1930, Daidj. Mohammed, *Rec.*, p. 428.

(79) C. E., 5 juillet 1929, Ministre du Travail, *Rev. Dr. Public*, 1931, p. 319, conclusions de M. Latournerie, note de M. Jèze.

nées de travail ». Leur montant en est, après diverses formalités, récupéré sur les « exploitants » comme en matière de contributions directes.

Dans notre espèce, le délégué mineur d'une petite exploitation de minerai de fer avait visiblement abusé de son droit de visite, de telle sorte que sur les relevés soumis à l'exploitant, le plus clair du temps de cet ouvrier apparaissait comme passé à vérifier l'application de la loi de huit heures. Devant le juge de l'impôt (le Conseil de Préfecture) l'exploitant obtint une réduction du montant des journées à rembourser au Trésor (ce dernier les ayant payées intégralement au délégué mineur). Il fit valoir, d'une part, que rien ne justifiait un nombre de visites aussi élevé que celui indiqué par le délégué mineur, l'exploitation étant peu importante et au surplus appliquant exactement la loi de huit heures; d'autre part, que le contrôle relatif à cette dernière disposition législative exigeait la présence du délégué à l'entrée et à la sortie du travail, et non à longueur de journée. La décision du Conseil de Préfecture qui adoptait cette argumentation étant par ailleurs devenue définitive est déférée au Conseil d'Etat, dans l'intérêt de la loi, par le ministre du Travail et le ministre des Finances. L'intérêt de la solution n'en est pas moins — souligne le commissaire du gouvernement — éminemment pratique, puisque « la seule chose que le ministre signataire du pourvoi en attendait précisément, c'est une décision jurisprudentielle faisant autorité sur les règles à suivre pour le contrôle de l'application de la loi de huit heures par les délégués mineurs. »

Négligeons la longue argumentation et le rappel des règles relatives à ces visites, telles que les formule le Code du Travail et telles que les rappelle le commissaire du Gouvernement. La question centrale était la suivante : aucun texte ne réglementant les visites relatives à ce contrôle de la loi de huit heures (au contraire des visites dites réglementaires

relatives au contrôle de la sécurité), n'existe-t-il pas un nombre maximum de visites s'imposant au délégué mineur et qu'il ne peut dépasser? Du texte lui-même ainsi que des travaux préparatoires, il semble que l'on ne puisse déduire aucun argument décisif. Peut-être même semblerait-il que le législateur a entendu laisser le délégué mineur seul juge du nombre de visites à effectuer en cette matière. S'ensuit-il, se demande le distingué commissaire du gouvernement, que le pouvoir du délégué soit absolu, qu'il échappe à tout contrôle ? Il semble évidemment, en présence de l'abus commis en l'espèce, que ce soit difficile à admettre. Comment donc limiter le pouvoir discrétionnaire reconnu au délégué ? En faisant appel à la jurisprudence du détournement de pouvoir. Citons ici les conclusions de M. Latournerie : « (cette jurisprudence) a démontré que les droits les plus discrétionnaires et les plus absolus en apparence portent leur limitation en eux-mêmes, dans leur spécialité, et dans le fait qu'ils ne sont concédés qu'en vue d'atteindre ce but précis, et qu'ils ne s'exercent légitimement que dans le cas et dans la mesure où leur titulaire se propose d'atteindre ce but. Or, si le législateur n'a pas fixé en l'espèce le nombre de visites, il n'a eu évidemment en vue que les visites nécessaires, les visites utiles. C'est la solution que nous paraît imposer une interprétation raisonnable de la loi... » Et le commissaire du Gouvernement démontre que c'est bien en conformité avec ces principes qu'est intervenu l'arrêté du Conseil de Préfecture.

L'arrêt suit l'opinion du commissaire du Gouvernement, essayant toutefois de ne pas fonder sur le seul esprit du texte le contrôle ainsi exercé sur le pouvoir du délégué mineur. Il tire argument des articles 154 et 156 du Code du Travail pour décider qu'il appartient aux ingénieurs des mines, au préfet, et en cas de réclamation formulée par l'exploitant au Conseil de Préfecture, juge des contributions directes, d'empêcher que les sommes réclamées ne

présentent un caractère abusif et de procéder à cet égard à toute vérification utile quant aux visites qui servent de base à la rémunération du délégué mineur.

A la vérité, ni l'article 154, ni l'article 156 du livre du Code du Travail ne disent cela. La seule disposition qui paraît se rapprocher du principe formulé par l'arrêt est le premier alinéa de l'article 156 : « Le délégué dresse mensuellement un état des journées employées aux visites, tant pour lui-même que pour son suppléant. *Cet état est vérifié par les ingénieurs des mines et arrêté par le préfet.* » Mais il est évident — et les travaux préparatoires en témoignent — qu'il s'agit d'une vérification portant sur la réalité des visites, sur la correspondance de l'état et des visites, non sur l'utilité de celles-ci... D'ailleurs, où serait le critère d'après lequel s'apprécierait le « caractère abusif » des visites ?

Au fond, et sous l'apparence d'une base légale incontestable, c'est à la solution du commissaire du Gouvernement que se réfère la Haute Assemblée. C'est l'*utilité* des visites qui servira de critère pour la limitation de celles-ci.

L'utilité, c'est-à-dire l'opportunité. Mais, ici comme ailleurs (80), répondra-t-on, ce contrôle de l'oppor-

---

(80) Quand la loi spécifie elle-même que l'utilité est une condition de légalité on peut admettre à la rigueur qu'il n'y a qu'un véritable contrôle de la légalité. Par exemple, l'article 43 de la loi du 21 avril 1810, en matière minière, permet l'occupation par le concessionnaire, à l'intérieur du périmètre de concession des « terrains *nécessaires* à l'exploitation de la mine ».

Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 4 décembre 1925 (D. 26. 3. 6., Leroy, Devallez et Bailleul, conclusions de M. Cahen-Salvador), la question se posa de savoir si l'arrêté préfectoral autorisant l'occupation temporaire avait bien apprécié cette « *nécessité* ». Le Commissaire du Gouvernement marque bien que le contrôle de cet élément d'opportunité étant prévu par la loi est un vrai contrôle de légalité.

Si ceci peut être admis devant une disposition impérative comme l'article 43 de la loi précitée, c'est plus difficile à croire lorsque le Conseil d'Etat se livre à une véritable construction jurisprudentielle, rattachée à la loi par une apparence superficielle.

tunité découle du texte, sinon littéralement, du moins dans une interprétation extensive. Nous nous trouvons devant une position analogue à celle que nous avons vue plus haut à propos de la distinction du droit et du fait. A n'en pas douter, si l'on veut oublier la vérité « officielle » (qu'il n'y a pas de source du droit hors de la loi écrite), l'existence d'une certaine limitation des visites facultatives du délégué mineur est une création purement jurisprudentielle. C'est une règle qui naît avec l'arrêt que l'on vient de voir, et c'est même pour la faire naître que le pourvoi, dans l'intérêt de la loi, a été formé. Mais cette règle, qui repose au premier chef sur des considérations d'opportunité, on la déduit d'une interprétation du texte de la loi (ce qui n'est guère concevable) et en tout cas de l'esprit du texte (ce qui est plus habile). Ainsi intègre-t-on l'opportunité à la légalité.

Mais, qui ne voit comment cette façon de faire aboutit en réalité à supprimer l'opposition entre opportunité et légalité ? Existe-t-il un seul droit dont on ne puisse dire que son exercice doit être « utile », que cette condition est dans l'esprit de la loi ? Le pouvoir discrétionnaire n'est sans doute pas la négation du principe de «l'utilité », mais il est la faculté réservée à l'Administration de l'appréciation elle-même.

Au fond, et dans un certain sens, la loi suppose toujours que l'opportunité et l'utilité sont une des conditions d'exercice du droit. Mais, ce qui précisément constitue le pouvoir discrétionnaire, c'est que l'appréciation de l'élément d'opportunité est réservé à l'Administration active. Or, cette appréciation va rester ou non souveraine, suivant que le juge intègrera, ou non, dans son interprétation l'opportunité à la légalité. On se trouve ici devant un phénomène exactement symétrique de celui qui a été signalé plus haut, à propos de la distinction du fait et du droit. De même que dans sa construction des « schémas » le juge a la faculté de classer certains

problèmes parmi les questions de fait ou parmi les questions de droit, ainsi peut-il, suivant que son interprétation de la loi est restrictive ou extensive, déclarer la même question, au choix, question d'opportunité ou question de légalité. Et ceci explique les solutions contradictoires qu'offre parfois la jurisprudence qui, généralement, vérifie le caractère disciplinaire des faits reprochés aux fonctionnaires, mais d'autres fois déclarent que cette appréciation ne lui appartient pas (81); qui, en matière de police municipale, déclare parfois vaguement que l'opportunité de la mesure ne peut l'intéresser, mais qui, d'autres fois va jusqu'à la déclarer justifiée, va jusqu'à spécifier qu'elle est trop rigoureuse eu égard aux circonstances de fait (lorsque, par exemple, le Conseil d'Etat bannit le procédé de l'interdiction pour le remplacer par celui de la réglementation (82). Que sont toutes les présomptions en matière de manifestations cultuelles sinon des directives d'opportunité concrétisées et intégrées à la légalité sous la fiction d'annexes légales et avec la force des règles de droit jurisprudentielles ?

De telle sorte que, à la question : « Y a-t-il un contrôle de l'opportunité distinct du contrôle de la légalité ? », il faut répondre de façon extrêmement nuancée. Il se produit une intégration incessante de directives d'opportunité aux règles de droit. Dans la réalité des faits, et en ce sens il y a un contrôle de l'opportunité distinct du contrôle de la légalité. Mais ceci est masqué de deux façons : d'abord, au moment même où la jurisprudence s'emploie à contrôler l'opportunité, elle a soin de se reporter à un texte ou à un principe et de présenter le contrôle de l'opportunité comme une simple conséquence de l'interprétation complète de la légalité. A la réalité, qui est la

(81) Cf. *supra*, note 75.

(82) Cf. les conclusions de M. Ettori sous l'arrêt du C. E. précité, Syndicat d'Initiative de Tourette-Levens.

création d'une règle jurisprudentielle, elle substitue la fiction qui représente la règle créée comme une règle déduite par simple interprétation logique. En second lieu, la directive jurisprudentielle en droit administratif , bien plus vite encore que dans toute autre branche du droit, acquiert valeur de règle de droit autonome, et la directive d'opportunité s'insère ainsi dans la règle de droit, c'est-à-dire dans la légalité *lato sensu.*

Ainsi, il faut parler du contrôle de l'opportunité et du pouvoir dicrétionnaire comme d'un instant dans une évolution, comme d'un aspect interne d'un mouvement de formation de droit. Statiquement, il n'y a pas contrôle du pouvoir dicrétionnaire, hormis peut-être quelques rares espèces (83). Mais d'un point de vue évolutif, il y a des instants où la jurisprudence s'assure la maîtrise de certaines parties du pouvoir discrétionnaire, sous le couvert d'une prétendue interprétation de la loi, interprétation qui est, en réalité, une création jurisprudentielle. Puis l'interprétation ainsi présentée se consolide et prend une valeur spécifique de règle de droit. A ce moment-là, la règle juridique a absorbé le pouvoir discrétionnaire. Mais à cet instant imprécis et d'ailleurs masqué par la fiction interprétative, où naît la règle, il y a un contrôle du pouvoir discrétionnaire qui, non seulement ne dépend pas de la règle de droit, mais encore la prépare et la crée pour ainsi dire.

Telle est l'hypothèse que nous formulons et que nous proposons pour résoudre ce problème délicat du contrôle de l'opportunité.

---

(83) Il y a incontestablement des espèces où l'explication des décisions par le seul contrôle de la légalité est difficile.

Par exemple, une décision, non pas même du Conseil d'Etat, mais de la Cour de Cassation décide que dans la taxation de la viande de boucherie, le maire doit utiliser, pour la désignation des morceaux de viande, la classification usuelle « des lieux », et non une classification arbitraire. (Cass. Crim., 16 décembre 1933, *D. H.*, 34, p. 53, Rischmann.)

Il est très difficile de ne pas voir là un contrôle de l'opportunité.

Section IV

Conclusions relatives à la jurisprudence de l'examen du fait.

Il n'est pas de notre intention de tracer ici une théorie juridique de l'examen du fait, mais simplement d'appeler l'attention sur quelques points qui nous semblent importants pour la suite de cette étude. Pour la commodité, nous allons diviser ces conclusions en conclusions positives et en conclusions négatives. Les premières ont trait aux résultats que nous croyons acquis; les secondes aux problèmes qui nous restent ouverts.

Sous-Section I

Conclusions positives.

Le rapide examen de la jurisprudence auquel nous nous sommes livré permet cependant d'affirmer que notre précédente distinction entre le point de vue des ouvertures et le point de vue du partage des compétences était exacte dans son principe. Répétons-le, il n'y a pas de distinction du fait et du droit en matière de recours pour excès de pouvoir : ce n'est pas à la règle des ouvertures qu'il faut se référer ici, mais à celle du partage des compétences. L'idée d'un Conseil d'Etat se décidant en la matière sur la base de la distinction du fait et du droit — comme la Cour de Cassation — s'est totalement évanouie durant ces dix dernières années. Le cœur du problème a été aperçu : c'est l'existence du pouvoir discrétionnaire. Pour être complet cependant, il faut essayer de délimiter dans l'ensemble quelles sont les limites auxquelles se heurte la compétence du juge de l'excès de pouvoir. Elles nous paraissent être de quatre sortes, d'importance très inégale d'ailleurs. Nous en connaissons d'ailleurs déjà les deux premières.

Ce sont :

1° *L'existence du pouvoir discrétionnaire* au profit de l'Administration. Ce pouvoir ne va jamais jusqu'à permettre à l'administration de travestir la matérialité des faits, ni de les qualifier inexactement. Mais il lui permet souvent d' « apprécier » librement ces faits, ainsi que la conduite à tenir comme conséquence de leur existence. Le juge ne contrôle le pouvoir discrétionnaire que dans la mesure où il lui oppose une règle déduite de la loi librement créée;

2° *L'existence de certaines autorités administratives* à forme juridictionnelle et à compétence technique (commissions, jurys, etc.). Le Conseil d'Etat — sans faire de ces autorités de véritables juridictions — leur fait cependant application de règles analogues à celles de la cassation en matière d'examen du fait;

3° *Les règles relatives à la motivation des actes,* Nous n'en avons pas parlé jusqu'ici par souci de simplification. Mais il est reconnu que l'Administration n'est pas tenue de fournir les motifs de ses actes en dehors de textes l'y obligeant (84). *Cette règle reçoit un correctif certain* et très important pour nous: *lorsque l'administration motive ses actes sans y avoir été obligée, elle est tenue de donner des motifs matériellement exacts;*

4° *Les règles spéciales de la procédure administrative.* Il est inutile d'insister sur ce point. Il est faux de dire que la preuve de l'inexactitude des faits doit résulter du dossier, puisque dans certains cas très rares [nous en avons vu un plus haut] (85), le Conseil d'Etat va jusqu'à prescrire une visite des lieux par une commission prise dans son sein. Mais, hor-

(84) Cf. Jèze, Théorie des motifs déterminants, *Rev. Dr. Public,* 1922, pp. 377 et suiv.

(85) Cf. *supra,* notes 7 et 33.

mis ces cas exceptionnels, il y aura une limitation certaine des pouvoirs du juge dans l'examen des faits tenant aux méthodes d'investigation dont il est armé.

En résumé, on peut dire que le Conseil d'Etat est juge du fait toutes les fois qu'il ne se heurte pas à une de ces quatre limites, dont la plus fréquente et la plus puissante est incontestablement celle du pouvoir discrétionnaire.

Sous-Section II

CONCLUSIONS NÉGATIVES : LES PROBLÈMES EN SUSPENS.

Cette vaste, complexe et si riche jurisprudence de l'examen du fait a été fort étudiée, mais un des problèmes les plus difficiles du droit administratif réside dans sa systématisation. Nous n'avons garde de la tenter, sinon dans la mesure où ce livre est tout entier lui-même une étude de l'influence de la réalité extérieure sur les actes administratifs. Mais l'on peut dire que deux questions étaient soulevées par cette jurisprudence de l'examen du fait, deux questions auxquelles une réponse plausible était bien malaisée.

La première question avait trait à l'explication contentieuse des solutions ainsi admises; elle tendait à établir dans quelle mesure elles avaient modifié la physionomie du recours pour excès de pouvoir. La seconde tendait, sur le plan théorique, à établir la liaison qu'il convenait de reconnaître entre les faits et l'acte, à donner une explication des annulations prononcées par la jurisprudence pour erreur de fait. Les questions étaient d'ailleurs étroitement, voire inextricablement liées, puisque les solutions contentieuses ne pouvaient valoir que comme mise en œuvre des principes juridiques de fond. Aussi constate-t-on une confusion très visible dans les discussions entre les problèmes proprement relatifs à la

technique du contentieux et les problèmes relatifs aux principes juridiques. Nous allons cependant essayer de les dissocier, car chacun d'entre eux a son intérêt. Nous verrons, en effet, que dans la jurisprudence du Conseil d'Etat la cause apparaît comme un procédé technique destiné à réaliser l'intégration de l'examen du fait à l'illégalité dans des cas de déficience des anciens procédés. Mais par ailleurs, il est évident que cette technique ne vaut que par les principes juridiques qui lui sont supposés sous-jacents.

A. *Le problème technique : A quelle ouverture se rattache l'erreur de fait ?*

Dans la conception du Conseil d'Etat — Cour de Cassation de l'ordre administratif, il était évident que la sanction de l'erreur de fait apparaissait comme une étrange anomalie. Nous n'avons pas à revenir sur la distinction qu'il y a lieu de faire entre les limitations des pouvoirs du juge résultant respectivement du système des ouvertures et du partage des compétences. Mais nous avons dit aussi pourquoi, entraîné par l'exemple de la Cour de Cassation, on avait cru longtemps à une coïncidence fatale, en accordant tout au plus au Conseil d'Etat une marge d'action un peu plus large qu'à la Cour de Cassation. Tant que cette conception régna et s'imposa, il y eut deux partis très nets : ou bien, on admettait que le Conseil d'Etat était un juge de cassation, juge de légalité *stricto sensu*, et le contrôle de l'erreur de fait apparaissait comme un curieux prolongement du contrôle de la légalité, prolongement assez artificiel et inexplicable comme nous le verrons plus loin; ou bien il fallait renoncer à l'idée d'un Conseil d'Etat simple juge de cassation, et admettre que l'erreur de fait constituait une cinquième ouverture. Le premier système est assez bien représenté par la thèse, très claire et très habile de M. Chalvon-Demersay. On admet dans cette explication que la position du juge de l'excès de pouvoir est identique à celle d'un juge

de cassation, et notamment que les systèmes d'ouvertures respectifs des deux recours coïncident par la confusion de toutes les ouvertures dans une ouverture unique : l'illégalité. Le contrôle exercé sur le fait par le Conseil d'Etat s'expliquerait par l'idée que la loi ayant mis à l'accomplissement de certains actes certaines conditions de fait, le contrôle de la légalité entraînerait le contrôle du fait. Mais ceci avec toutes sortes de réserves et de restrictions. Et, par exemple, M. Chalvon-Demersay (86) insistait sur l'idée que le Conseil d'Etat n'établissait jamais une véritable discussion sur le fait, au moins dans le libellé de ses arrêts; l'examen du fait ne ressort pas, fait remarquer l'auteur, du texte des décisions. Et pourquoi en est-il ainsi ? M. Chalvon-Demersay y voyait, non pas tellement un souci de brièveté de la part du tribunal administratif, qu'un désir de conserver à ses arrêts un aspect d'arrêts de cassation. Dans nombre d'espèces, la Haute Assemblée emploie à l'égard des faits la formule : « il est constant que..., etc. ». Par ce subterfuge qui évite de montrer l'examen du fait sur le vif, les faits sont présentés comme les prémisses du fameux syllogisme juridictionnel, mais prémisses antérieures à l'acte juridictionnel comme dans la cassation. Explication un peu courte, quoique habile. En effet, ce qui est important, c'est ce que fait le Conseil d'Etat, et non ce qu'il prétend faire. Aussi, à cette explication, l'auteur en superpose une autre : dans les cas les plus hardis de l'examen du fait, il faut admettre que cet examen relève de cette fonction latente que remplit la Haute Assemblée comme « supérieur hiérarchique ». Ici, pour être complète, l'explication devient quelque peu hybride : il y aurait deux phases dans la décision du Conseil d'Etat. Dans la première, agissant avec les pouvoirs d'un supérieur hiérarchique, le juge de l'excès de pouvoir établirait l'exactitude des faits. Ceci fait,

(86) Chalvon-Demersay, *op. cit.*, p. 102.

dans une seconde phase il se livrerait au syllogisme de la cassation : les faits étant tels, la loi étant telle, la solution est telle. Il y aurait beaucoup à dire sur cette explication, mais l'argument le plus décisif est qu'elle date de 1922. Non certes qu'on doive juger du mérite des théories par leur nouveauté; mais depuis l'époque où écrivait M. Chalvon-Demersay, les arrêts sur l'erreur de fait se sont multipliés, les théories aussi d'ailleurs, et dans la jurisprudence et dans la doctrine se sont accentuées les différences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation. Par ailleurs, là même où les faits n'ont pas de caractère « légal », le juge de l'excès de pouvoir en vérifie l'exactitude, ce qui est incontestablement assez éloigné d'un contrôle de cassation, puisque aucune question de légalité formelle n'est en jeu.

A l'opposé de cette explication, on trouve celle que M. Jèze, puis le Doyen Hauriou, avaient esquissée avec des nuances différentes : celle qui consistait à admettre que l'erreur de fait constituait une cinquième ouverture dans le recours pour excès de pouvoir. Pour M. Jèze, il y avait là une constatation qui était évidente; pour le Doyen Hauriou, cette constatation se rattachait en outre à l'idée que l'excès de pouvoir était autre chose que la simple illégalité, et que le recours administratif sanctionnait certains éléments de moralité. Ramener l'erreur de fait à l'erreur de droit était impossible; or, dans une conception exacte de la cassation, seule l'erreur de droit est sanctionnée. Si l'erreur de fait l'est dans le recours pour excès de pouvoir, c'est que ce recours est autre chose qu'un instrument de cassation, c'est qu'il sanctionne autre chose que la légalité. Et ceci rejoignait admirablement l'idée que dans l'excès de pouvoir il y a, en quelque sorte, deux branches: d'une part, les éléments ressortissant à la légalité (violation de la loi, vice de formes), et,, d'autre part, des éléments ressortissant à la moralité interne de l'administration. Parmi ces derniers figure incontestable-

ment le détournement de pouvoir, et aussi l'incompétence *ratione materiæ*. Or, qu'est l'erreur de fait ? Une sorte d'incompétence *ratione materiæ;* il y a un véritable excès de pouvoir pour l'administration à agir en se trompant sur les éléments de fait de son action. Nous renvoyons, sur ces divers points, à l'exposé de la doctrine d'Hauriou (87) qui figure dans notre seconde partie, mais on voit la logique de l'explication : l'erreur de fait est la cinquième ouverture du recours pour excès de pouvoir, parce qu'elle est une violation, non de la légalité, mais de la moralité administrative.

L'appréciation qu'il faut porter sur cette explication est très nuancée. Elle n'est pas inexacte, et il s'en faut, parce qu'elle explique la poussée interne qui a amené le recours pour excès de pouvoir à s'emparer de l'examen du fait. Mais, par ailleurs, il est aussi exact que, du point de vue technique, l'aménagement du contentieux s'est fait tout autrement que par la naissance d'une cinquième ouverture. L'explication proposée par M. Jèze et ainsi développée par Hauriou est vraie, mais en profondeur : c'est parce que le recours pour excès de pouvoir ne se borne pas à contrôler la légalité existante, mais aussi la moralité que l'erreur de fait a été sanctionnée par lui; c'est, comme nous le dirons dans un instant, parce qu'il y avait dans l'excès de pouvoir un autre principe de la légalité *stricto sensu* que le Conseil d'Etat a donné la prépondérance à la règle du partage des compétences sur la règle des ouvertures. Mais, valable pour le dynamisme interne de cette évolution, cette explication ne cadre pas avec les formes techniques, par lesquelles l'évolution s'est réalisée et concrétisée. Aujourd'hui, malgré l'énorme extension de la jurisprudence, l'erreur de fait ne constitue pas une cinquième ouverture. Au surplus, le Doyen Hauriou, sitôt résolues par la technique de

(87) V. *infra*, 2e partie, chap. Ier.

la cause, les déficiences et les illogismes du système jurisprudentiel, admettait que l'intégration de l'erreur de fait à l'ouverture de la violation de la loi devient possible. Il faut dire que, entre la note sous l'arrêt Gomel et la note sous l'arrêt Lefranc (88) le système jurisprudentiel s'était développé et affiné.

Quelle était, en fait, l'attitude du Conseil d'Etat dans la matière de l'examen du fait, et quelle conception du contentieux révélait-elle ? Elle était assez flottante, au moins dans ses détails. Cependant, si l'on se reporte aux arrêts en matière de repos hebdomadaire, dès 1906, le Conseil d'Etat, par la bouche de M. Romieu (89), commissaire du Gouvernement, précisait sa conception de l'excès de pouvoir, et c'était par la distinction de ce que nous avons appelé le point de vue des ouvertures et le point de vue du partage des compétences : « C'est une erreur fort répandue que de croire que le recours pour excès de pouvoir ne vise que la violation des formes par opposition au contentieux de pleine juridiction qui pourrait seul connaître du fond. Dans les deux cas, le juge est appelé à examiner le fond, car il est juge de *la légalité de l'acte à tous les points de vue*. Le recours pour excès de pouvoir peut être fondé sur la violation des droits que la loi a entendu assurer aux citoyens, et cette violation de la loi entraîne le plus souvent l'appréciation des circonstances de faits dont la légalité de l'acte peut dépendre. Aussi le Conseil d'Etat est-il constamment amené à rechercher en fait si, dans la manière dont l'administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois générales et spéciales. » La conception de l'éminent commissaire du Gouvernement est nette : d'une part, il répudie l'erreur fort répandue « de croire que, tout comme la Cour de Cassa-

(88) Note sous l'arrêt Lefranc, *S.*, 1926. 3. 25., et *J. A.*, II, p. 380.
(89) Arrêt Jacquin précité, cf. *supra*, note 32.

tion, le juge de l'excès de pouvoir n'est juge que de la légalité formelle; il doit aussi examiner si les faits ont été exactement appréciés lorsqu'ils sont la condition d'application de la loi. » C'est admettre, suivant la formule proposée plus haut, que dans le recours pour excès de pouvoir le droit d'investigation du juge sur les faits n'est pas limité par la distinction du fait et du droit, déduite de la règle des ouvertures. Ainsi que le dira M. Rivet dans ses conclusions de l'arrêt Trépont (90), lorsque le Conseil d'Etat contrôle l'existence des faits dont la loi a fait des conditions de la validité de l'acte juridique, on se trouve « dans le domaine de la violation de la loi, simplement quelque peu élargi. » Ainsi, sans sortir de son rôle de juge de la légalité, le Conseil d'Etat est appelé à examiner les faits servant de base aux actes. Cette explication que l'on retrouve très longuement développée dans diverses conclusions, et dont de nombreux arrêts portent la trace, doit être exacte, sous un certain nombre de réserves. Au fond, il est possible qu'être juge de la légalité ne soit pas exclusif du contrôle des faits. Cette idée a été fort difficile à admettre, tant que l'on a eu présent à l'esprit le parallèle : Conseil d'Etat, Cour de Cassation. Il a été dit longuement plus haut comment on a cru, à tort, devoir déduire de deux systèmes d'ouverture analogues une limitation identique du contrôle à l'erreur de droit, avec exclusion de l'erreur de fait. En réalité, la distinction du fait et du droit, fort malléable, résistant mal à la poussée des justiciables, était étayée, dans le système de la cassation, par la règle que la Cour civile n'était pas juge du fond des affaires. Elle ne trouvait aucun appui analogue dans le recours pour excès de pouvoir. Il était normal que le contrôle de la violation de la loi s'élargisse jusqu'à englober le fait tant qu'aucune limite n'était opposée à cette extension. En effet, il n'y avait pas dans

(90) V. *infra*, p. ???

la distinction du fait et du droit prise en elle-même, distinction hésitante et indéterminée, une résistance assez forte pour s'opposer à toutes les considérations pratiques et théoriques qui allaient faire du recours pour excès de pouvoir le « contrôle juridictionnel de l'Administration ». Aussi avait-elle progressivement cédé, laissant passer un contrôle de plus en plus large du fait, jusqu'à ce que cette extension vint en quelque sorte « buter » sur l'existence du pouvoir discrétionnaire. Peut-on dire, dans ces conditions, qu'il y ait eu une « déformation » du système primitif des ouvertures ? En un certain sens, oui, car prise à l'état pur, l'ouverture de l'illégalité appelle une distinction du fait et du droit, et nous avons vu que celle-ci s'est effacée dans le recours pour excès de pouvoir. Mais par ailleurs cette « déformation » n'a rien eu d'artificiel; elle était logique, car il est dans la nature de toute distinction du fait et du droit de tendre à l'effacement et à la confusion si, par ailleurs, rien ne vient la limiter. Bien plus qu'une déformation du système des ouvertures, il faut parler de son évolution naturelle.

Mais à cette explication une première réserve importante doit être apportée: si on admet que, techniquement, on puisse intégrer l'erreur de fait à l'illégalité, il n'en reste pas moins que la raison profonde de cette évolution est celle qu'en a donné le Doyen Hauriou : si le Conseil d'Etat n'avait eu en vue que la légalité pure, comme la Cour de Cassation, peut-être n'eût-il pas été au delà de la distinction du fait et du droit. Mais c'est la poussée interne de la « force propre de l'excès de pouvoir », c'est le souci de la moralité administrative, c'est l'idée du Conseil d'Etat, supérieur hiérarchique, qui ont permis à la Haute ssemblée d'aller plus loin que la limite qui semblait ainsi s'offrir à elle. Cette évolution, elle l'a réalisée (grâce à la faible résistance que lui offrait les limitations nées du système d'ouvertures) par des procédés techniques où la directive de moralité n'appa-

raissait pas en surface, tout en constituant le véritable principe dynamique de cette évolution (91).

La seconde réserve à apporter à cette explication, c'est qu'elle est notoirement incomplète, prise telle quelle. En effet, sa valeur est limitée au cas où un lien d'ordre légal étant établi entre le fait et le droit, le contrôle de la légalité s'étend tout naturellement à l'existence du fait. C'est parce que l'article 118 de la loi de 1911 subordonne le refus du permis de bâtir, à la condition que les constructions projetées portent atteinte à une perspective monumentale, que le contrôle de la légalité comporte celui de l'existence de la perspective. C'est parce que la loi de 1906 met certaines conditions de fait aux mesures préfectorales prises dans la matière du repos hebdomadaire que le Conseil d'Etat vérifie l'existence de ces conditions de fait.

Mais il s'en faut que la jurisprudence nous montre exclusivement des cas de contrôle du fait comme conséquence directe du contrôle de la légalité. Déjà on avait déduit un peu hardiment (92) de l'obligation imposée à l'Administration de motiver les mesures disciplinaires frappant maires et adjoints, la conséquence que le Conseil d'Etat est juge de l'existence matérielle de ces motifs. Mais même cette solution admise, il restait toute une partie de la jurisprudence à expliquer. On sait que, dans les hypothèses où l'Ad-

(91) L'idée que l'aspect interne et proprement dynamique d'une évolution peut être tout autre chose que les formes concrètes et externes par lesquelles elle se réalise a été rendue familière par toute la philosophie bergsonienne. Cf. par exemple les développements sur l'unité interne des actes dont l'aspect externe est multiple [la main enfoncée dans la limaille de fer] BERGSON, *Les deux sources*, p. 51, et toute l'Evolution créatrice développe cette idée). Bien entendu, nous l'utilisons à titre d'analogie, mais à ce seul titre, car il est évident que, même les aspects internes des évolutions juridiques sont déjà très intellectualisés et très « construits ».

(92) Cf. *infra*, 2e partie, ce que M. Bonnard dit de la distinction entre l'obligation de motiver et l'obligation des motifs exacts.

ministration a la liberté du choix de ses motifs, le Conseil d'Etat en contrôle cependant l'existence matérielle. Le ministre peut dissoudre telle congrégation, prendre telle mesure envers les officiers généraux (93), mettre un préfet en congé, avec la liberté la plus entière dans le choix de ses motifs et le droit de ne pas les révéler. Mais s'il en fait état, ils doivent être exacts. Or, pour des espèces de ce genre, l'explication habituelle ne vaut pas : on ne peut pas dire qu'il y ait violation de la loi dans le fait d'alléguer des motifs inexacts parce que aucun texte ne subordonne la validité de l'acte à l'existence des motifs. Aussi, dans les cas où le Conseil d'Etat explicite sa pensée par la bouche des commissaires du Gouvernement, essaie-t-il de donner une explication distincte de l'explication classique. Dans les hypothèses où les motifs n'ont pas « qualité légale », l'annulation doit être cependant prononcée pour inexactitude de fait dans les motifs parce que l'erreur sur les motifs a entaché « le libre arbitre » de l'Administration (94). C'est une explication à laquelle nos futurs développements nous ramèneront sûrement, mais, d'ores et déjà, on aperçoit son vice : d'abord, elle n'est probante qu'au cas où l'Administration commet une erreur involontaire et non — comme cela arrive souvent — lorsque son erreur est *volontaire,* et qu'elle agit en parfaite connaissance de cause, en alléguant sciemment des faits inexacts. Or, la solution, malgré le précédent de l'arrêt Monod, est, depuis l'arrêt Trépont, la même, que l'erreur soit volontaire ou non : le Conseil d'Etat annule. En second lieu, cette explication a le très grand tort de

(93) Arrêts de Noue et Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon, précités.

Noter aussi que la jurisprudence sur la révocation des employés municipaux (qui comporte un contrôle de fait) a été organisée en dehors de textes fixant les motifs de révocation.

Cf. GOLDENBERG, *op. cit,* p. 110.

(94) Conclusions de M. Rivet sous l'arrêt Trépont, V. *infra,* ch. v.

détruire l'unité de la jurisprudence de l'examen du fait, en la scindant en deux branches, rattachées respectivement à deux principes juridiques différents :

Dans les cas où les textes mettent à l'accomplissement des actes des conditions de fait, il y aurait un contrôle du fait, qui s'expliquerait par l'idée que la légalité des actes dépend de l'exactitude des faits : explication objective, à base de légalité.

Dans les cas où les motifs ne sont pas imposés par des textes, leur contrôle s'expliquerait par l'idée que leur inexactitude vicie le « libre arbitre de l'Administration » : explication subjective, fondée sur une théorie des vices de la volonté, assez proche de la théorie de la « cinquième ouverture » d'Hauriou (95).

Cette dualité dans la systématisation d'une jurisprudence unique n'est pas très satisfaisante. Or, étant données les préférences du Conseil d'Etat pour une explication fondée sur la légalité objective, il était normal que la Haute Assemblée essayât un moyen technique satisfaisant, qui permit — dans toutes les hypothèses — de ramener l'erreur de fait à la violation de la loi. Mais dans quelle direction pouvait-elle le trouver ? Dans un principe juridique d'ordre général qui expliquât le lien unissant l'acte à ses motifs. Le problème de technique contentieuse était lié au problème théorique : pour que toute erreur de fait fut une violation de la loi, il fallait qu'une règle de droit unique liât — indépendamment des textes spéciaux — la validité de l'acte juridique à la réalité de ses motifs.

B. *Le problème théorique.*

De telle sorte que, sous le problème d'ordre technique, se révèle un problème théorique extrêmement

(95) En effet, cette explication se réfère à l'idée que l'acte doit être pris « en connaissance de cause ». Il y a « excès de pouvoir, dit Hauriou, à apprécier faussement les faits. »

important. N'y a-t-il pas un autre lien entre les situations de fait et les actes administratifs que celui résultant des textes spéciaux qui, selon l'expression, courante, « lient la compétence de l'Administration » ? Déjà plusieurs arrêts avaient établi le principe que, même dans l'hypothèse de la plus grande liberté reconnue à l'Administration, elle ne pouvait se fonder sur des motifs inexacts. C'était reconnaître implicitement la liaison de la validité de l'acte à la réalité des motifs. Pour systématiser cette liaison, deux grandes voies s'offraient à la jurisprudence, comme nous verrons qu'elles s'offrent à la doctrine : ou bien, par une analyse de la volonté subjective de l'Administration, construire une théorie des « vices de volonté » ou des « motifs déterminants ». Ou bien essayer de trouver un lien d'ordre général entre l'acte et ses antécédents de fait, lien indépendant de la liaison de compétence résultant des textes spéciaux (96).

Le Conseil d'Etat, qui agit toujours sans parti-pris théorique, n'a pas traduit ces nécessités dans des formules tranchées et identiques. Partout où un texte imposait soit certaines situations de fait comme antécédents de l'acte, soit l'obligation de motiver, il a continué à employer les anciens procédés techniques: l'erreur de fait constitue la « fausse application de la loi » (arrêt Gomel), le défaut de « base légale » [arrêt Joseph Sei] (97) ou même sans plus d'explication l'illégalité ou l'excès de pouvoir. Lorsque, en dehors de tout caractère « légal » des motifs, le Conseil d'Etat annulait, il le faisait parfois sans développer davantage, ou en déclarant que l'Administration ne peut « se fonder sur un motif inexact » ou « alléguer des faits inexacts », Mais, en 1922, avec l'arrêt Trépont, le Conseil d'Etat va retrouver une

(96) Ce sont les deux grands courants entre lesquels se sont partagés les essais doctrinaux.

(97) C. E., 21 janvier 1921, Joseph Sei, *Rec.*, p. 75.

notion qu'il utilisera avec prudence, mais dont l'intérêt est puissant : la notion de cause. Dans les cas de nette déficience des anciens procédés techniques, la notion de cause va essentiellement permettre de lier, en dehors de tout texte spécial, l'acte à ses antécédents de faits. Par l'emploi de la cause, le Conseil d'Etat prend implicitement — et peut-être involontairement — parti sur le problème théorique. Mais ce n'est qu'en vue d'une application pratique : l'obtention d'une technique qui permette, dans des cas où aucun texte ne le prévoit, d'annuler l'acte pour inexactitude de fait.

L'aspect contentieux du problème est évidemment au premier plan dans cette jurisprudence.

Avec l'étude de l'arrêt Trépont et des arrêts suivants, on va voir comment cette jurisprudence de la cause se présente essentiellement comme *un procédé technique permettant l'intégration de l'erreur de fait à la violation de la loi.*

CHAPITRE IV

L'utilisation de la notion de cause dans la Jurisprudence de l'excès de Pouvoir.

Evidemment, il arrive au Conseil d'Etat d'employer le mot cause dans un sens non juridique, et ceci ne nous intéresse pas. Il faut laisser aussi de côté un certain aspect juridique de la notion de cause qui se trouve en matière de procédure lorsqu'on parle de la cause (1) d'une action en justice, le sens qu'a par exemple ce mot dans l'article 1351 du Code civil.

Nous nous attachons pour cet exposé des espèces dans lesquelles le Conseil d'Etat a eu à employer le mot de « cause », au sens que cette notion revêt habituellement, en tant que la théorie de la cause est un élément de la théorie de l'acte juridique. Ce qui ne veut pas dire que l'on se rallie *a priori* à la définition civiliste de la cause, mais simplement que, pour nous, la cause est un élément de l'acte juridique, le contenu de cette notion restant à déterminer avec précision à la lumière de la jurisprudence.

On trouve dans un arrêt Verdalle du 18 janvier 1907 (2), une annulation pour excès de pouvoir, dans laquelle il est fait appel à l'idée de cause. Il s'agit d'un décret prononçant la dissolution d'un Conseil muni-

(1) Cf. par exemple C. E., 19 mars 1932, Soc. des automobiles Delaunay-Belleville, *D. H.*, 1932, p. 335.

(2) C. E., 18 janvier 1907, Verdalle, *Rec.*, p. 44.

cipal dans les conditions suivantes : Par suite de réclamations formées contre les opérations électorales, un seul conseiller municipal avait été maintenu comme régulièrement élu dans une commune. En vue d'assurer la bonne marche des affaires, le Gouvernement avait décrété la dissolution du Conseil municipal ainsi réduit à un membre unique, ce qui permettait de nommer une délégation spéciale qui aurait été chargée des affaires municipales jusqu'au retour des choses à un état normal. Ainsi, il n'était même pas dissimulé que la dissolution du Conseil avait comme raison essentielle le désir de nommer une délégation spéciale.

On sait que depuis quelques années le Conseil d'Etat contrôlait les motifs des décrets de dissolution (3), leur ôtant le caractère d'actes discrétionnaires qui leur était longtemps resté attaché. En vertu de ce pouvoir de contrôle, il annule le décret auquel il vient d'être fait allusion, en se fondant sur les raisons que voici :

« Considérant d'une part que, si d'après l'article 44 de la loi du 5 avril 1884, la nomination d'une délégation spéciale doit, comme conséquence nécessaire, suivre la dissolution d'un Conseil municipal, elle ne saurait en être la *cause déterminante;*

« Considérant, d'autre part que, dans le cas d'annulation de tout ou partie des opérations électorales, il appartient au préfet de pourvoir à ce que le Conseil municipal soit complété par de nouvelles élections, par application de l'article 40 de la loi précitée;

« Considérant que, de ce qui précède, il résulte que le décret attaqué est intervenu en dehors des conditions légales, et qu'il y a lieu d'en prononcer l'annulation... »

---

(3) C. E., 31 janvier 1902, Grazietti, S., 1903. 3. 111, note Hauriou, J. A., II, p. 182.

Nous hésitons à retenir cet arrêt comme un élément possible d'une théorie contentieuse de la cause. Il n'apparaît pas, en effet, que ce soit un sens juridique que le Conseil d'Etat ait voulu attacher ici à ce mot. L'annulation est prononcée pour violation de la loi, mais sans que soit allégué un vice spécial entachant la cause de l'acte. Il est donc peut-être plus sage de laisser pour l'instant cette décision de côté et de prendre la jurisprudence de la cause dans sa source, que l'on s'accorde en général à voir dans l'arrêt Trépont, précurseur d'un ensemble peu abondant, mais très cohérent, d'arrêts intéressants.

Section I

L'arrêt Trépont.

L'arrêt Trépont (4), auquel on peut faire remonter ce que l'on appelle la jurisprudence de la cause en droit administratif — si cette expression n'est pas trop exagérée — l'arrêt Trépont demande à être examiné assez longuement. Il est intéressant de relever la façon dont des circonstances de fait très spéciales et des considérations d'ordre presque personnel favorisèrent l'innovation — tout au moins de vocabulaire — que consacra la Haute Assemblée dans cette espèce. Il faut mettre en lumière l'incidence certaine de considérations d'équité dans cet arrêt; on peut même dire que c'est en partie pour leur faire droit que la technique nouvelle a été inventée.

Par ailleurs, il est intéressant de voir jusqu'où, dans cette espèce, le Conseil d'Etat a poussé la recherche du fait et la subtilité dont il a usé en faveur de la thèse qui semblait moralement vraisemblable.

Il s'agissait en l'espèce d'un recours formé par l'ancien préfet du Nord, M. Trépont, contre un décret

(4) C. E., 20 janvier 1922, Trépont, *Rev. Dr. Public*, 1922, p. 81, conclusions de M. Rivet, commissaire du Gouvernement, note de M. Jèze.

du 24 septembre 1918. Ce décret ainsi attaqué portait nomination de M. Naudin, préfet du Cher, à la préfecture du département du Nord en remplacement de M. Trépont, mis en congé sur sa demande.

Quels étaient les griefs invoqués par le requérant à l'appui du recours pour excès de pouvoir ainsi formé ? Empruntons au commissaire du gouvernement, M. Rivet, l'analyse de la requête et du mémoire ampliatif; indiquons toutefois que la contestation essentielle du requérant portait sur l'inexistence de la prétendue demande de mise en congé que le décret lui attribuait.

« Dans la requête sommaire produite pour le « sieur Trépont, dit M. Rivet, on nous a demandé tout « d'abord, sans autre précision, l'annulation pour « excès de pouvoir de ce décret.

« Mais dans le mémoire ampliatif où se dégage « toute la pensée de l'auteur du pourvoi, le recours « apparaît comme essentiellement motivé par les « mots « mis en congé sur sa demande », qui don- « nent, dit-on, de la mesure prise, une physionomie « erronnée. Toute l'argumentation tend à démontrer « l'inexactitude de cette mention et le préjudice « qu'elle a pu causer au requérant. La conclusion du « mémoire, enfin, est qu'il appartient au Conseil « d'Etat de sanctionner les faits signalés en annulant « dans la mesure sus-indiquée le décret attaqué. »

Le commissaire du Gouvernement — et ceci n'est pas dénué d'importance — n'envisageait pas, par suite, en tout état de cause, qu'une annulation totale dût intervenir. « Ce qui vous est demandé, disait-il, « c'est de reconnaître qu'en tant qu'il mentionne que « le sieur Trépont est mis en congé sur sa demande, le « décret attaqué constitue un excès de pouvoir et « doit être annulé. »

Nous verrons plus loin quelle était l'opinion du commisaire du Gouvernement en ce qui concernait l'admission du recours et les effets de l'annulation

possible. A vrai dire — et c'est une des originalités de l'espèce — la difficulté résidait autant dans la recherche du fait que dans celle du droit. Y avait-il eu, oui ou non, demande de congé par le requérant? C'était la question. On ne se trouvait pas dans les circonstances de l'affaire Monod (5) où le ministre avait reconnu de lui-même l'inexactitude de semblable mention (que le Conseil d'Etat avait considérée comme un simple euphémisme ne viciant pas la décision). Dans notre espèce, les affirmations du requérant et celles du ministre se heurtaient; de telle sorte que le Conseil d'Etat était appelé à décider lesquelles constituaient des « contre-vérités » (pour employer à notre tour un euphémisme).

Sans doute, y avait-il une certitude morale pour que, dans notre espèce, le requérant n'eût pas pris l'initiative de la prétendue demande. Préfet du Nord à la déclaration de guerre, le requérant avait montré mieux que du zèle administratif dans Lille envahie. Le commissaire du Gouvernement n'a pas manqué de le signaler, tout en se défendant de faire un exposé complet des états de services du sieur Trépont, exposé, qui, dit-il, « pour cadrer avec la vérité, risquerait de prendre l'allure d'un panégyrique du requérant, ce qui serait peu conforme à la tradition. »

En tout cas, arrêté, déporté en Allemagne, rapatrié au milieu des acclamations tant officielles que populaires, l'ancien préfet était en droit de compter sur sa réinstallation à la préfecture du Nord, sitôt Lille délivrée. Or, le 16 septembre 1918, le requérant est convoqué au ministère de l'Intérieur. La communication à lui faire ne lui est d'ailleurs transmise que le 19 : c'est une invitation à formuler une demande de mise en congé. Jusqu'ici, les deux versions, celle du ministre et celle du requérant, ne diffèrent guère.

(5) C. E., 28 juin 1907, Monod, *Rec.*, p. 616.

Elles s'opposent, au contraire, radicalement en ce qui concerne les suites de cet entretien entre le ministre et le fonctionnaire : l'un prétend que la demande a eu lieu (au moins sous la forme de réponse à son invitation), l'autre qu'il a refusé énergiquement de la formuler.

On voit ici combien l'examen de ces allégations est délicat pour le Conseil d'Etat, et il est permis de penser que dans une affaire où, selon le mot de M. Jèze, son « indignation » aurait été moins vive, il eût évité de se prononcer sur la sincérité respective des antagonistes (par des considérations analogues à celles de l'arrêt Monod). Les arguments invoqués de part et d'autre étaient essentiellement psychologiques. L'ancien préfet faisait remarquer combien il était peu vraisemblable qu'il eût formulé une demande de congé au moment où il allait regagner un département où sa popularité était immense. Le ministre se bornait à opposer l'interprétation qu'il donnait de leur entretien du 19 septembre. Aussi le commissaire du Gouvernement va-t-il s'efforcer de faire pencher la balance en faveur du requérant, de la sincérité duquel il est moralement persuadé, et pour cela il va se livrer à une subtile analyse psychologique et à des déductions incontestablement exactes, mais non moins incontestablement hardies.

Que prétend au juste le ministre ? Passons sous silence une singulière histoire de réponse adressée au secrétariat du Contentieux et qui se serait égarée, incident qui ne semble pas militer en faveur de la sincérité de l'Administration. En tout cas, la version officielle de l'entrevue du 19 est la suivante : « En « réponse aux allégations de M. Trépont, je crois « devoir vous faire connaître qu'avant de provoquer « la décision qui fait l'objet du décret attaqué, j'ai « fait venir le requérant dans mon cabinet et que je « me suis mis d'accord verbalement avec lui au sujet « de la mesure contre laquelle il s'élève aujour- « d'hui. » Très habilement, le commissaire du Gou-

vernement ne nie pas le fait même d'un accord, mais il s'efforce d'en interpréter le sens, ce qui lui permet de contredire l'esprit de la réponse du ministre sans en contredire la lettre.

Or, il y a une impossibilité morale à admettre que l'accord se soit fait sur une demande de M. Trépont, qui n'aurait eu pour but que de dégager la responsabilité du Gouvernement, mais qui aurait eu pour effet de rendre « déshonorante » la situation de l'ancien préfet. En effet, ce qui fait essentiellement grief à celui-ci, ce n'est pas la mise en congé qui constitue un hasard légal de la carrière, mais la prétendue demande faite par lui qui semble cacher des faits inavouables et qui transforme aux yeux du public un acte arbitraire du ministre en une mesure d'indulgence envers le requérant.

En fait, si le commissaire du Gouvernement ne nie pas la réalité même d'un accord, il l'interprète de la façon suivante : « Le mot accord présente une certaine élasticité et ne peut avoir la même signification quand il s'agit de traiter d'égal à égal et de ministre parlant à un fonctionnaire. Que le sieur Trépont se soit incliné, en fonctionnaire respectueux des décisions gouvernementales... devant une mesure qu'il ne pouvait au surplus éviter... telle est sans doute la signification véritable et très limitée qu'il convient de donner à l'accord signalé par le ministre. » Ainsi le prétendu accord n'était que la soumission au pouvoir, et il restait constant qu'aucune demande de mise en congé n'avait été faite par le requérant.

Sous le bénéfice de ces considérations, remarquablement exposées, le commissaire du Gouvernement concluait à une annulation. Mais fidèle à son préambule, il envisageait seulement une annulation partielle : celle de la mention inexacte. L'argumentation qu'il donnait en faveur de cette solution restrictive était double. D'une part, le mémoire ampliatif présenté par l'auteur du recours semblait ne conclure

qu'en faveur d'une annulation partielle. D'autre part, le commissaire du Gouvernement indiquait que le le décret eut été certainement légal en dehors de toute demande présentée par le requérant. Par ailleurs, la mention inexacte de la demande était la seule partie du décret faisant réellement grief au fonctionnaire. Il semblait donc équitable de conserver au décret l'effet que la loi lui accordait en dehors de toute initiative prise par le requérant, d'autre part d'annuler la mention inexacte préjudiciable à ce dernier. Le commissaire du Gouvernement concluait donc « à l'annulation du décret du 24 septembre 1918 en tant qu'il porte que le sieur Trépont a été mis en congé sur sa demande. »

Nous allons voir dans quelle mesure le Conseil d'Etat suit les conclusions de son commissaire du Gouvernement.

Voici l'arrêt et ses considérants :

« Considérant que les conclusions de la requête « tendent à l'annulation du décret du 24 septembre « 1918 en tant qu'il a mis le sieur Trépont en congé « sur sa demande;

« Considérant que d'après les documents produits « au dossier il est constant que le requérant, loin « d'avoir sollicité sa mise en congé, avait, au con- « traire, affirmé son intention de rester à son poste; « qu'en présentant la décision de mise en congé « comme prise sur la demande de l'intéressé, le « ministre de l'Intérieur l'a fondée sur un *fait maté- « riellement inexact et lui a ainsi donné une cause « juridique inexistante;* qu'il y a lieu, dès lors, de « prononcer son annulation pour excès de pouvoir « et de renvoyer le sieur Trépont devant le ministre « pour qu'il soit statué dans les formes régulières, « sur sa situation.

« Article premier. — Est annulée la disposition « du décret du 24 septembre 1918 qui a mis en congé « le sieur Trépont.

« Art. 2. — Le sieur Trépont est renvoyé devant le « ministre de l'Intérieur pour être statué à son « égard ce qu'il appartiendra. »

Cet arrêt appelle deux séries d'observations différentes :

D'abord sur ses rapports avec la jurisprudence antérieure de l'erreur de fait;

Ensuite sur l'emploi de la notion de cause.

En ce qui concerne la place qu'occupe cette espèce dans la jurisprudence de l'erreur de fait, il est très intéressant de se référer aux conclusions de M. Rivet. L'éminent commissaire du Gouvernement ne manque pas, en effet, de rappeler l'état de la jurisprudence antérieure en distinguant deux sortes d'hypothèses en matière d'examen du fait.

Dans la première série d'hypothèses, qu'il classe dans le domaine de la violation de la loi simplement quelque peu « élargi », il s'agit des erreurs de fait qui vicient l'acte de façon absolue, en ce sens que la décision ne pourrait être prise si les faits n'étaient pas exacts. Il s'agit de tous les arrêts pour lesquels les auteurs expliquent l'examen du fait par le Conseil d'Etat en disant que les faits ont un caractère légal.

Le commissaire du Gouvernement admet avec les auteurs que dans ces espèces le contrôle de la légalité oblige le juge de l'excès de pouvoir à pénétrer dans l'examen des faits. C'est, par exemple, l'explication que la plupart des commentateurs donnent de l'arrêt Gomel.

Dans la seconde série d'hypothèses, on admet que l'acte eût pu « se concilier avec la réalité des faits ». C'est le cas, par exemple, d'un retrait d'autorisation à l'égard d'un établissement congréganiste, qui peut être décidé, indépendamment de toute situation de fait déterminée. C'est le cas précisément de la mise en congé d'un préfet, décision pour laquelle aucune condition de fond n'est exigée par la loi. Devant de

pareils cas, que fait le Conseil d'Etat, saisi de demandes d'annulation, en raison de l'inexactitude des faits allégués ? Le plus souvent, dit M. Rivet, il annule la décision « parce que le libre arbitre de son auteur a fait défaut et qu'elle n'a pas été prise en définitive dans les conditions où elle eût dû légalement l'être. » Dans les autres cas, le Conseil d'Etat estime que « la considération des faits erronnés est demeurée totalement étrangère aux motifs déterminants de la décision » et se refuse à annuler l'acte. Il en fut ainsi dans l'affaire Monod où la considération de la prétendue demande était sans influence sur la mise à la retraite du requérant et n'avait pour but que d'en atténuer la portée.

C'est de cette jurisprudence que le commissaire du Gouvernement voulait faire découler la solution proposée par lui et que nous connaissons déjà : l'annulation de la seule mention inexacte. Nous connaissons ses arguments sur ce point. Ajoutons que ce qui semblait aux yeux de M. Rivet justifier cette solution restrictive, c'était le fait que le décret avait été pris en parfaite connaissance de cause, qu'il y avait erreur de fait volontaire et que, par suite, le « libre arbitre de l'Administration avait été entier. » Comme par ailleurs, la décision eût été légale de toutes manières, seule la mention inexacte faisait grief. Dans cette mesure, le Conseil d'Etat pouvait compléter les principes établis dans l'arrêt Monod, et s'il eût totalement suivi les conclusions de M. Rivet, l'économie générale du système eût été la suivante, en ce qui concerne les erreurs de fait contenues dans des décisions auxquelles la loi n'impose pas de conditions de fait. Il y aurait eu deux hypothèses. Ou bien l'Administration a commis une véritable erreur involontaire; en ce cas, si cette erreur a exercé une influence importante sur la décision intervenue, celle-ci doit être annulée, le « libre arbitre » de l'Administration n'ayant pas existé; c'est, en quelque sorte, une transposition de la théorie de l'erreur du droit privé, puis-

que l'on se place sur le plan de la valeur du consentement. Ou bien (deuxième hypothèse) l'erreur commise par l'Administration a été volontaire; elle n'a pas pu, par conséquent, vicier le consentement. On se place, en ce cas, sur un terrain étranger à la théorie de l'erreur. Le problème est examiné d'un autre point de vue : celui des droits du requérant.

A quoi celui-ci a-t-il droit ? D'abord à ce que l'Administration prenne ses décisions en pleine connaissance de cause. Dans notre hypothèse, cette condition est supposée remplie. Ensuite, il a droit à ce que l'Administration ne présente pas la décision intervenue (notamment en ce qui touche la carrière des fonctionnaires) comme prise à la suite de circonstances de fait inexactes et de nature à lui faire grief. Car cette dernière notion est la « pierre de touche » des droits du requérant. En présentant par exemple une mise en congé comme prise à la demande du fonctionnaire, l'Administration peut ou non faire grief au fonctionnaire. Elle peut essayer de cacher sous ce masque un acte arbitraire dont elle n'a pas le courage de prendre la responsabilité, en laissant sous-entendre même une faute du fonctionnaire; elle peut, au contraire, rendre service à celui-ci en palliant la mesure prise contre lui. Or, le grief du requérant — le grief « légitime » — est la mesure de son droit. Il aura droit à l'annulation de la mention inexacte parce qu'il ne peut appartenir à l'Administration d'ajouter aux droits qu'elle a sur la carrière du fonctionnaire celui de présenter sous un jour faux les décisions prises à son égard. Mais là se borne son droit; le fond de la décision reste valable sitôt que sa vraie physionomie lui est restituée.

Or, le Conseil d'Etat, s'il suit, en notre espèce, son commissaire du Gouvernement dans sa démonstration de l'inexistence de la prétendue demande de congé, va plus loin que lui dans les conséquences qu'il

tire de cette constatation et adopte un système plus radical.

Voyons d'abord comment la Haute Assemblée constate l'erreur de fait. Les considérants ne contiennent aucune discussion concrète des thèses en présence. « Il est constant, dit simplement l'arrêt, que le requérant, loin d'avoir sollicité sa mise en congé, avait, au contraire, affirmé son intention de rester à son poste. » Cette formule « il est constant » est identique à celle qu'emploient les arrêts antérieurs en matière d'erreur de fait. Comme le fait remarquer à cet égard M. Chalvon-Demersay (6), « l'examen du fait ne peut plus être détaillé et ressortir de la sentence ». Il y a en effet peut-être, comme le fait remarquer cet auteur, le désir de « sauver la face des choses » dans cette formule qui dissimule l'examen du fait. Il n'empêche que dans notre arrêt, le Conseil d'Etat a dû se livrer, pour affirmer l'inexactitude de la mention du décret, à un examen minutieux et à des déductions psychologiques analogues à celles dont le commissaire du Gouvernement lui avait donné l'exemple. Bien plus, il est amené à donner un démenti formel aux allégations du ministre. Nous croyons que, après cet arrêt, toute comparaison entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation comme juges du fait devait être définitivement écartée.

Mais les conséquences que le Conseil d'Etat tire de cet examen du fait ne sont pas moins curieuses.

D'une part, il employait un vocabulaire nouveau en la matière : il invoquait la cause juridique inexistante ; d'autre part, il prononçait une annulation totale de l'acte attaqué.

Sur les caractéristiques de la « jurisprudence de la cause », nous reviendrons longuement tout à l'heure. Notons simplement ici que l'on se trouvait en présence d'une espèce où l'équité ordonnait d'an-

(6) Chalvon-Demersay, *op. cit.*, p. 98 et suiv.

nuler. Toutes les considérations d'ordre moral que rappelait le commissaire du Gouvernement appelaient, de la part du Conseil d'Etat, une réaction dans le sens de la justice, réaction tellement certaine que le problème du procédé technique devant servir à la réaliser passait au second plan. Nous insistons sur ce point : la notion de cause a été au premier chef un procédé technique mis en œuvre pour fonder en droit une solution commandée par l'équité. Sans doute, la Haute Assemblée eût pu, suivant une tendance déjà indiquée dans des arrêts antérieurs, annuler à raison de l'inexactitude des faits sans plus disserter (7), mais elle a préféré donner un aspect plus correct à sa décision. Or (c'est une remarque développée plus loin), le Conseil d'Etat n'avait pas à sa disposition un très grand nombre de procédés pour aboutir au résultat désiré. Il n'existait aucun texte de la violation duquel il eût pu exciper; l'inexactitude de la mention pouvait être une présomption de détournement de pouvoir, mais ne le prouvait pas à elle seule. Par ailleurs, dans les mesures prises à l'encontre d'un préfet où peut être le détournement de pouvoir ? Certainement pas dans la malveillance politique de l'auteur de l'acte.

Pourtant, il fallait bien tenir compte de cette vérité de bon sens que l'espèce mettait en pleine lumière : à savoir qu'il ne peut y avoir congé sur demande que si une demande a été faite. Comment traduire juridiquement cette évidence, et surtout comment l'intégrer dans la légalité en dehors de tout texte ? En faisant appel à une théorie d'ordre juridique très générale, à un principe universel qui existe en dehors même des textes. Comme en certains cas on avait eu tendance à invoquer les principes de la liberté du consentement, de même on fit appel ici à la théorie de la cause, dont l'existence juridique

(7) Cf. par exemple : Le Ministre ne pouvait « se fonder sur des faits matériellement inexacts; il suit de là que la décision... est entachée de pouvoir. » (C. E., 5 juillet 1918, De Noue, *Rec.*, p. 661.)

est certaine. Ainsi, au-dessus des textes spéciaux, un principe général exigeait, au moins en certains cas, l'exactitude des faits allégués par l'Administration comme étant la « cause » ou la base de ses décisions. On se trouvait ainsi dans un cas bien connu du juge de l'excès de pouvoir : le cas où la loi (texte ou principe non écrit) est violée par l'inexactitude des faits. La nouvelle explication était même en un sens supérieure à l'explication traditionnelle : le contrôle des faits, alors que la loi leur conférait un caractère légal, avait parfois paru un procédé anormal puisque, suivant l'expression du Doyen Hauriou, il ramenait l'erreur de fait à l'erreur de droit. Au contraire, le contrôle de la cause, conçue comme élément intrinsèque de l'acte juridique, rendait mieux compte du lien unissant l'exactitude des faits à la validité de l'acte. En ce sens, on peut dire que la cause était un procédé technique permettant d'intégrer le contentieux de l'erreur de fait à celui de l'illégalité, de réaliser cette synthèse du fait et du droit que le Doyen Hauriou qualifiait d' « hegelienne ».

Notons enfin que le Conseil d'Etat se sépare des conclusions de M. Rivet sur un point important : il prononce l'annulation totale du décret attaqué comme conséquence de l'inexistence de la cause juridique. Tout d'abord, il n'a pas pensé que l'expression employée dans le mémoire ampliatif qui demandait l'annulation du décret « en tant qu'il a mis le sieur Trépont en congé sur sa demande » restreignît les conclusions de la requête à la suppression de la mention litigieuse. Le juge n'a pas considéré que la suppression de cette mention puisse s'effectuer indépendamment d'une annulation de l'acte. Il a annulé l'acte dans sa totalité, et en cela sa logique est impeccable. Si cette mention est la cause de l'acte, en quelque sens que ce soit elle en constitue un des éléments intégrants et son inexactitude doit entraîner la nullité de l'acte. En forçant un peu le sens des mots, mais de façon assez légitime, on peut faire appel à

l'adage : « *Sublata causa tollitur effectus* ». On verra plus loin comment, au surplus, cette solution se justifiait par l'idée que le congé sur demande et le congé d'office étant deux actes distincts, différents par leur « catégorie », il n'appartenait pas au Conseil d'Etat de substituer le second au premier par la suppression de la mention litigieuse.

Section II

Le développement de l'emploi de la notion de cause.

L'innovation apportée par l'arrêt Trépont dans le vocabulaire du Conseil d'Etat ne fut point, à vrai dire, extrêmement envahissante. La jurisprudence antérieure de l'erreur de fait continue à subsister et à faire appel au « défaut de base légale », au « motif inexact ». Il est même curieux de constater que dans des hypothèses en tout point semblables à celles où il utilise la notion de cause, le Conseil d'Etat ne songe pas à faire appel à cette dernière qui garde un caractère franchement exceptionnel. On est ainsi en présence d'une dizaine de décisions se rattachant à deux grandes séries d'hypothèses, dans lesquelles le Conseil d'Etat fait appel à la notion de cause. Le mieux est de les exposer chronologiquement, de façon à mettre en lumière la courbe très simple de cette évolution. Celle-ci peut se résumer ainsi : les premières décisions où le mot de cause est employé interviennent dans des espèces analogues à celle de l'arrêt Trépont : annulation de décisions prises à l'égard de fonctionnaires et fondées sur une prétendue demande de ceux-ci. Puis intervient une seconde série d'hypothèses dans la matière des licenciements pour suppression d'emploi. Enfin un arrêt isolé, le dernier en date, a trait à une exclusion du service frappant un fonctionnaire et fondée sur des faits amnistiés.

L'arrêt Blanchard (8), du 23 mars 1923, présente une espèce exactement semblable à celle de l'arrêt

(8) C. E., 23 mars 1923, *Rec.*, p. 302.

Trépont. Il s'agit d'un décret qui prive le requérant de la qualité de sous-préfet de 1re classe en indiquant que celui-ci « est appelé, sur sa demande, à d'autres fonctions ». La demande ayant été en fait inexistante, le Conseil d'Etat annule le décret en reprenant les formules de l'arrêt Trépont, « fait matériellement inexact », *cause juridique inexistante.*

De la même façon, une décision (9) du 17 novembre 1926 annule un décret qui a privé le sieur Alibert de la qualité de sous-préfet en se fondant sur une prétendue demande de ce dernier :

« Considérant que d'après les documents produits au dossier, il est constant que le sieur Alibert n'avait jamais manifesté l'intention d'abandonner l'Administration préfectorale... En présentant la décision attaquée comme prise sur la demande de l'intéressé, le chef de l'Etat l'a fondée sur un fait matériellement inexact et lui a donné une *cause juridique inexistante.* »

La seconde série d'hypothèses à laquelle il a été fait allusion tout à l'heure est d'ailleurs apparue, au début de cette même année 1926, avec l'arrêt Lefranc (10) en date du 22 janvier. Il s'agit d'un expert en œuvres d'art du ministère des Régions libérées qui a été licencié à la suite d'une prétendue suppression d'emploi. Voici le texte de l'arrêt annulant cette mesure :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Lefranc a été remplacé dans son emploi d'expert quelques jours après avoir été licencié par suppression d'emploi; qu'ainsi l'Administration, en congédiant le sieur Lefranc, a fondé sa décision sur un fait matériellement inexact et lui a ainsi donné une

(9) C. E., 17 novembre 1926, Alibert, *Rec.*, p. 982.

(10) C. E., 22 janvier 1926, S., 1926. 3. 25, note Hauriou, et J. A., II, p. 380.

cause juridique inexistante; qu'il y a lieu, dès lors, de prononcer son annulation pour excès de pouvoir... »

Ici l'extension de la cause est nette; il apparaît que la cause est, d'une façon générale, le fait qui « fonde une décision ». C'est ce que met en lumière le Doyen Hauriou dans la note qu'il donne au *Sirey* sous cette décision.

Un arrêt du 3 août 1927 [Guibert] (11) est relatif à un fonctionnaire des douanes qui, ayant fait une demande de mise en disponibilité, puis l'ayant retirée, ne s'est pas moins vu appliquer cette mesure. « En présentant, dit l'arrêt, la décision de mise en disponibilité en date du 6 avril 1922 comme prise sur la demande de l'intéressé, le ministre des Colonies l'a fondée sur un fait matériellement inexact et lui a ainsi donné *une cause juridique inexistante.* » C'est toujours la même formule avec ses conséquences habituelles : l'annulation de l'acte attaqué.

Deux arrêts vont, en 1928, confirmer la technique jurisprudentielle apparue avec l'arrêt Lefranc et relative aux licenciements par suppression d'emploi. Le Conseil d'Etat réprime les agissements de l'Administration qui, faisant état d'une prétendue suppression d'emploi, exclut du service un fonctionnaire, sans avoir à respecter les formes ordinaires des révocations ou des mises en disponibilité, quitte, par la suite, à rétablir l'emploi fictivement supprimé et à y nommer un nouveau titulaire.

Dans l'arrêt Lèbre (12) du 24 mars 1928, il s'agit d'un chef de section du service français de la Société des Nations qui demande une indemnité pour le licenciement irrégulier dont il a été l'objet à la suite d'une prétendue suppression d'emploi. Il faut remarquer que l'on est ici dans le contentieux de la respon-

(11) C. E., 3 août 1927, Guibert, *Rec.*, p. 914.
(12) C. E., 24 mars 1928, Lèbre, *Rec.*, p. 435.

sabilité. Mais l'appréciation de celle-ci étant intimement liée à la validité de l'acte incriminé, le point de vue de la Haute Assemblée ne change guère par rapport aux décisions intervenues dans le contentieux de l'excès de pouvoir puisque c'est, en fin de compte, la légalité d'un acte qui est au fond du débat. Voici le texte de l'arrêt qui alloue 5.000 francs d'indemnité au requérant :

« Considérant que par sa lettre en date du 25 janvier 1924, le ministre des Affaires étrangères informait le sieur Lèbre qu'il prononçait son licenciement par suppression d'emploi;

« Considérant que le nombre des emplois du service français de la Société des Nations avait été fixé par le décret du 23 décembre 1919, modifié par le décret du 29 juillet 1922; qu'il n'appartenait qu'au Président de la République de modifier le nombre des emplois ainsi fixé; qu'à la date où est intervenue la décision sus-rappelée du ministre des Affaires étrangères, aucun décret n'avait encore réorganisé le service français de la Société des Nations ou réduit le nombre des emplois prévus par les textes précités; qu'ainsi en tenant pour supprimé l'emploi du sieur Lèbre, le ministre des Affaires étrangères avait donné comme base à sa décision *une cause juridique inexistante...* »

C'est sur une espèce analogue qu'intervient, le 9 mai 1928, l'arrêt Laurent (13). Le requérant est un fonctionnaire du ministère des Régions libérées, qui a été licencié pour suppression d'emploi par une décision ministérielle du 13 mars 1925. Déférée au Conseil d'Etat, cette décision est annulée avec les motifs suivants :

« Considérant que, d'après les dispositions combinées des lois du 29 décembre 1892, article 16, et 13 mai 1900, article 36, le nombre des emplois de

(13) C. E., 9 mai 1928, Laurent, *Rec.*, p. 587.

chaque catégorie dans l'Administration centrale des ministères doit être fixé et ne peut être modifié que par décrets rendus dans la forme des règlements d'Administration publique; que si l'article 77 de la loi du 31 décembre 1921 a prescrit, jusqu'à concurrence de 50.000, la réduction du nombre des fonctionnaires, cette disposition n'a eu ni pour but, ni pour effet de transférer aux ministres les pouvoirs réservés par les textes législatifs ci-dessus rappelés au Président de la République en Conseil d'Etat;

« Considérant que le décret susvisé du 22 mai 1924, pris en la forme de règlement d'Administration publique, modifiant le décret du 22 août 1922, a notamment réduit à trente-trois le nombre des emplois de rédacteur à l'Administration centrale du ministère des Régions libérées, mais que ledit décret n'a pas eu pour effet de régulariser les licenciements antérieurs, irrégulièrement prononcés et d'ailleurs annulés;

« Considérant, d'une part, qu'il appartenait au ministre, pour satisfaire aux prescriptions du décret susvisé du 22 mai 1924, de désigner les titulaires des emplois qu'il entendait supprimer;

« Mais, considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction qu'au 13 mars 1925, date de la décision attaquée, le nombre des emplois de rédacteur effectivement occupés à l'Administration centrale des Régions libérées, y compris l'emploi occupé par le requérant ne dépassait pas le chiffre de trente-trois, fixé comme il est dit ci-dessus, que dès lors, à ladite date, le ministre ne pouvait, par la décision dont s'agit, déclarer supprimé un des emplois de rédacteur dont le nombre avait été déterminé par le décret précité; qu'ainsi, en tenant pour supprimé l'emploi du sieur Laurent, le ministre a donné comme base à sa décision *une cause juridique inexistante.* »

Ces deux derniers arrêts valent que l'on s'y arrête quelque peu car ils sont caractéristiques du développement de la jurisprudence de la cause, et surtout

de la fonction technique que cette notion tend à assumer dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Dans la première espèce, le raisonnement du Conseil d'Etat est le suivant : seul un décret du Président de la République pouvait opérer une suppression d'emploi; un licenciement par suppression d'emploi ne peut donc intervenir par arrêté ministériel que s'il a pour base un décret. Autrement dit, le licenciement par suppression d'emploi comporte, en l'espèce, deux phases : la suppression d'emploi, prononcée par décret, et le licenciement, mesure d'exécution opérée par le ministre, la première étant la cause, c'est-à-dire la base du second. Ce qui est sanctionné, c'est donc à la fois l'incompétence touchant la suppression d'emploi opérée par le ministre et le défaut de base du licenciement.

L'espèce de l'arrêt Laurent est plus instructive encore. Le principe posé par la Haute Assemblée est que seul un décret en forme de règlement d'Administration publique, peut réduire le nombre des emplois du type envisagé. Or, un décret est intervenu; mais en fait, au moment où a été prise la décision attaquée, le nombre des emplois occupés ne dépassait pas le chiffre fixé par le décret et, par suite, il n'y avait pas lieu à des licenciements. Qu'est-ce que le Conseil d'Etat entend réprimer ici ? D'abord une erreur possible sur la compétence du ministre (comme dans l'arrêt Lèbre). D'autre part, il y a répression d'une erreur sur la portée du décret intervenu : il n'a pas eu pour effet de régulariser les licenciements irréguliers antérieurs à sa promulgation. Enfin, constatation de fait : le nombre des emplois occupés ne dépassait pas celui fixé par le décret, et il n'y avait pas lieu à opérer des suppressions d'emploi. C'est tout cet examen que synthétise la formule « cause juridique inexistante ». Elle groupe et résume toute une argumentation relative aux conditions de fait et de droit, dans lesquelles la mesure attaquée a été prise. On voit ainsi quel est le

chemin parcouru depuis l'arrêt Trépont, combien la notion de cause est maintenant devenue plus complexe que le simple fait déterminant. Elle tend à réaliser une synthèse des éléments de fait et de droit antécédents de l'acte : c'est un trait sur lequel il faudra revenir plus loin.

Un arrêt du 18 janvier 1929 [de Zeltner] (14) se présente dans une espèce relative, cette fois, à la question des demandes prétendues. Il s'agissait ici d'un fonctionnaire colonial qui demandait l'annulation de décisions l'ayant maintenu en disponibilité « sur sa demande » au cours de la guerre. Le Conseil d'Etat souligne que, pour diverses raisons (étrangères à notre étude), le requérant était en somme sans intérêt pour demander l'annulation des décisions attaquées puisque, en vertu d'un décret du 17 août 1914, applicable à l'ensemble des fonctionnaires coloniaux, il était maintenu d'office dans la position de disponibilité sans qu'il fut besoin pour cela de prendre à son égard une mesure spéciale et personnelle. Cependant, l'annulation est prononcée pour les motifs suivants :

« Considérant qu'il résulte des observations mêmes du ministre des Colonies que le sieur de Zeltner n'avait cessé, depuis 1916, de demander son rappel à l'activité; qu'en présentant les arrêtés du 18 mars 1918 comme pris sur la demande de l'intéressé, le ministre les a fondés sur un fait matériellement inexact et leur a donné ainsi *une cause juridique inexistante ;* que le sieur Zeltner, qui a intérêt à voir disparaître des actes où son attitude est inexactement qualifiée, est fondé à soutenir que le ministre des Colonies a excédé ses pouvoirs... »

Ici, on voit que l'espèce se présente comme analogue à celle de l'arrêt Trépont. Avec une différence cependant : c'est qu'ici, après annulation de la déci-

(14) C. E., 18 janvier 1929, de Zeltner, *Rec.*, p. 73.

sion attaquée, le requérant, de plein droit, se trouvait dans une situation inchangée puisque le décret du 17 août 1914 s'appliquait à lui et le maintenait d'office en disponibilité. Ici le Conseil d'Etat indique que non seulement l'inexistence de la cause juridique constitue un vice entraînant l'annulation, mais qu'en outre elle constitue un *grief*, contre lequel le défaut d'intérêt ne peut être invoqué. C'est souligner la forte indivisibilité qui unit l'acte à la cause et qui fait que, même lorsque l'acte ne fait pas grief par lui-même, le vice qui entache la cause le rend annulable.

Nous arrivons, avec un arrêt Sarrail du 5 décembre 1930 (15), à la dernière date où, à notre connaissance, le Conseil d'Etat ait eu à faire usage de la notion de cause juridique.

L'espèce était la suivante : à l'occasion d'une procédure judiciaire engagée contre le sieur Sarrail, agent de police de la ville de Narbonne, le procureur de la République découvre que cet agent a déjà été condamné à cinq ans de prison, en 1920, pour vol avec violences. Ce fait ayant été porté à la connaissance du sous-préfet, celui-ci prend un arrêté de révocation motivé de la façon suivante :

« Vu le rapport de M. le Procureur de la République de Carcassonne du 28 octobre 1927, indiquant que le bulletin n° 1, classé au greffe du tribunal, mentionne à la charge du sieur Sarrail une condamnation à cinq ans d'emprisonnement pour vol avec violences infligée le 18 mai 1920 par la Cour d'Assises du Cantal. »

La conclusion de ces considérations était la révocation du sieur Sarrail.

Contre cette révocation, le fonctionnaire frappé avait formé un recours basé sur les deux arguments

(15) C. E., 5 décembre 1930, Sarrail, D., 1931. 3. 58. Conclusions de M. Rivet.

suivants. D'une part, l'Administration ne pouvait, sans violer la loi, révoquer un fonctionnaire pour des faits antérieurs à l'entrée de ce dernier au service. D'autre part, et surtout, une amnistie était intervenue, qui avait effacé la condamnation antérieure, mettant à néant toute consistance juridique des faits sur lesquels se fondait la décision de révocation. On va voir que c'est par ce dernier biais que le requérant obtient satisfaction, le Conseil d'Etat retenant l'inexistence de la *cause juridique* de l'acte de révocation.

L'examen de l'arrêt intervenu annulant cette révocation et des conclusions de M. Rivet, commissaire du Gouvernement, est particulièrement intéressant parce qu'il révèle quel est le secours spécial que le Conseil d'Etat tire de la notion de cause dans la motivation de ses arrêts.

Les deux questions principales que posait cette espèce étaient les suivantes :

Un acte d'exclusion de la fonction publique peut-il être fondé sur la révélation de faits antérieurs à l'entrée en service de l'agent qu'il frappe ?

Dans l'affirmative, en est-il de même lorsque les faits reprochés à l'agent ont fait l'objet d'une condamnation qui a été amnistiée par la suite.

Nous ne suivrons pas le commissaire du Gouvernement dans l'examen détaillé de la première question. Bornons-nous à dire que, après avoir écarté la possibilité de la révocation proprement dite, pour des faits antérieurs à l'entrée en service de l'agent, le commissaire du Gouvernement rappelle que le Conseil d'Etat admet le retrait des nominations illégales tant que le délai de recours contentieux n'est pas expiré. Mais dans notre espèce ce n'est pas à un cas de ce genre que nous avons affaire, et la question de l'exclusion pour des faits antérieurs au service se pose sur un tout autre terrain que celui du retrait de l'acte de nomination.

Quels sont les textes qui permettraient cette exclusion ? M. Rivet reconnaît qu'il n'en existe aucun, mais rappelle à la Haute Assemblée qu' « aucun texte ne prévoyait non plus, en termes formels, la possibilité du retrait des actes administratifs dans les délais du recours contentieux » et que le Conseil d'Etat ne l'a pas moins consacré, conscient que l'œuvre jurisprudentielle qu'il accomplissait « correspondait à une de ces difficultés de la vie administrative que la la loi ne peut que difficilement prévoir et qu'il est, à l'occasion du rôle du Conseil d'Etat de résoudre, conformément à la volonté présumée du législateur, avec cet égal souci des droits individuels et du fonctionnement régulier des services publics qui constitue l'idée directrice de sa mission. » En conformité avec cette intention du législateur, présumée un peu hardiment, comme toutes les intentions présumées, le commissaire du Gouvernement recherche les moyens juridiques possibles permettant de satisfaire au bon intérêt du service en excluant l'agent pour des faits antérieurs à son entrée en fonction. Il propose (après d'autres moyens) de reconnaître à l'Administration « un droit exceptionnel d'exclusion » dans le cas seulement où il y aura une réelle incompatibilité entre les faits révélés et le maintien en fonctions. Cette jurisprudence ne serait pas d'ailleurs absolument sans précédents.

« Faits postérieurs, dit M. Rivet, à l'entrée en service : révocation. Faits antérieurs à la nomination : exclusion. Vous parachevez par la voie jurisprudentielle une œuvre symétrique. »

Telle est la réponse affirmative faite par le commissaire du Gouvernement à la première question posée par notre espèce.

Nous verrons que le Conseil d'Etat l'a reprise à son compte dans l'arrêt, à ceci près qu'il emploie le mot « révocation » au lieu du mot « exclusion » proposé.

Quant à la seconde question, celle de savoir si des faits amnistiés peuvent servir de base à une sem-

blable mesure, commissaire du Gouvernement et Conseil d'Etat y répondent par une distinction entre la condamnation et les faits matériels qu'elle a sanctionnés. Qu'a entendu viser le sous-préfet de Narbonne dans son arrêté ? Une condamnation exclusivement, le texte de la décision le prouve, et une condamnation amnistiée. Or, s'il est un principe établi en droit pénal, c'est qu'une condamnation amnistiée n'a plus d'existence juridique. Elle peut avoir eu, et le Conseil d'Etat l'a jugé maintes fois, des conséquences matérielles qui sont ineffaçables (notamment au point de vue de la carrière du fonctionnaire). Mais on ne peut pas la faire revivre une fois qu'elle a été amnistiée. La condamnation n'existe donc plus, et il est impossible d'en faire état dans une décision comme la nôtre. Mais, contre-partie de ce que nous venons de dire, c'est la condamnation *seule* qui est effacée, non les faits matériels qui lui ont servi de base, et ceux-ci peuvent justifier une mesure rendue nécessaire par l'inconciliabilité du passé du fonctionnaire avec son emploi actuel.

Ici, il y a une difficulté juridique que la Haute Assemblée semble avoir traitée par prétérition. C'est que la condamnation est un ensemble: à la différence de la grâce, l'amnistie n'efface pas seulement les conséquences de la condamnation, mais l'incrimination même. « L'acte est dépouillé de son caractère délictuel. » « L'amnistie supprime l'infraction. » (16) Dans ces conditions, que deviennent les faits matériels qui ont servi de base à la condamnation ? Sans doute ils ne peuvent être effacés en tant que faits ayant matériellement existé car la règle de droit n'est pas une norme du monde physique, mais ils n'ont plus juridiquement de caractère répréhensible. En ce cas, n'est-ce pas jouer sur les mots que de dire, comme le fait le Conseil d'Etat : l'Administration, sans faire

(16) Cf. Vidal et Magnol, p. 723.
Garraud, p. 499.

état de la condamnation, peut faire état des faits matériels. Mais ceux-ci ne peuvent fonder une exclusion qu'en tant qu'ils sont répréhensibles ou délictueux; or, le caractère délictueux est effacé par l'amnistie. On peut sans doute les prendre en considération, mais en tant que faits matériels, sans qualification, sans incrimination et, par suite, sans pouvoir fonder sur eux une mesure de révocation.

Cependant, le commissaire du Gouvernement et le Conseil d'Etat répondent par avance et implicitement à cette objection. Sur quoi se fonde l'exclusion de l'agent ? Sur une incompatibilité de son passé et de sa fonction. Mais de quelle nature est cette incompatibilité ? Elle est de pur fait et s'explique, même si l'on donne à l'amnistie ses effets les plus larges. Sans doute, juridiquement, le vol qualifié commis en 1920 par le sieur Sarrail n'existe plus, et les faits matériels sont dépouillés de toute incrimination. Mais ce qui subsiste, et non pas juridiquement, mais en fait, c'est que l'agent de police en question se trouve, du fait de cette révélation de son passé, dépourvu de l'autorité nécessaire à ses fonctions à l'égard du public avec lequel il doit être en rapport. Allons plus loin et admettons même que la révélation du passé de l'agent soit restée inconnue du public. En ce cas, l'incompatibilité résulterait encore de ce que l'existence de ce passé fait redouter de l'avenir. Aucune incrimination, aucune qualification juridique n'est en jeu, et l'exclusion du service prononcée sur une incompatilibilité de pur fait n'est pas contradictoire avec l'amnistie. Cette idée d'incompatibilité de fait nous semble riche et féconde : dans une sphère voisine de celle de notre arrêt, ne peut-on pas, en effet, l'étendre aux faits antérieurs à l'entrée au service qui seraient non plus amnistiés mais prescrits ?

Quoi qu'il en soit, l'arrêté du sous-préfet n'avait pas visé les faits matériels et l'incompatibilité, mais la condamnation elle-même. Le Conseil d'Etat annule, mais retrace au sous-préfet la voie qu'il

aurait dû suivre pour que la mesure essentiellement opportune prise par lui fut, en plus, légale :

« Considérant que la circonstance que les faits « relevés à la charge du sieur Sarrail étaient anté- « rieurs à son admission dans la police municipale « ne pouvait priver l'autorité administrative com- « pétente du droit d'apprécier si ces faits entachant « la moralité de l'agent n'étaient pas, par leur nature, « inconciliables avec l'exercice de la fonction publi- « que, et de prononcer, à raison de cette incompati- « bilité, sa révocation sous le contrôle du juge et sous « réserve des garanties de procédure accordées aux « fonctionnaires par les lois et règlements;

« Mais considérant qu'il n'est pas contesté que la « condamnation s'est trouvée amnistiée par l'effet « de la loi du 29 avril 1921, qu'ainsi le sous-préfet « ne pouvait fonder exclusivement la révocation, « comme il a été dit ci-dessus, sur ladite condamna- « tion, c'est-à-dire *sur une cause juridique qui devait « être regardée comme inexistante,* que par ce motif « il y a lieu de prononcer l'annulation de l'arrêté « attaqué. »

La notion de cause juridique se trouve ainsi employée, par cet arrêt, dans un cas nouveau. Jusqu'ici nous avions vu que le défaut de cause était invoqué par la Haute Assemblée essentiellement dans deux séries d'espèces, au demeurant fort voisines l'une de l'autre. Le Conseil d'Etat annulait, pour inexistence de la cause juridique, dans des hypothèses où des mesures prises à l'égard de fonctionnaires étaient inexactement présentées comme prises sur la demande de ces derniers, ou bien dans celles où des licenciements étaient faits à la faveur de suppressions d'emplois, en réalité inexistantes. Par l'arrêt Sarrail, on peut dire que le Conseil d'Etat étend le domaine de l'utilisation technique de la notion de cause. Il est vrai que l'espèce ne permettait pas l'appel pur et simple à la notion de « faits matériellement inexacts ». Ici l'inexistence des faits allé-

gués était d'ordre exclusivement juridique. Par ailleurs, on n'eût pu employer l'expression de « base légale » là où était en jeu une création purement jurisprudentielle.

Mais en dehors de ces raisons qui touchent au vocabulaire, il faut souligner l'heureuse utilisation de la notion de cause en l'espèce. Elle signifiait qu'il existe certaines situations objectives déterminant la sortie du service d'un fonctionnaire. Ces situations sont plus que de simples motifs subjectifs. Elles ont trait au bon fonctionnement du service, et elles doivent s'apprécier en tant que réalités.

CHAPITRE V

La cause procédé technique dans le recours pour excès de pouvoir.

Il est bien évident que la dizaine de décisions que nous venons de rapporter ne représente qu'une très petite partie de la jurisprudence du Conseil d'Etat sanctionnant l'erreur de fait dans la matière du recours pour excès de pouvoir (1). Il suffit de parcourir un recueil de jurisprudence pour s'en rendre compte. Les anciennes formules subsistent, et pour une espèce où le Conseil d'Etat fait appel à la notion de cause, il en est des dizaines d'autres où il sanctionne des inexactitudes de fait par les anciens procédés. Tantôt il parle du défaut de base légale; tantôt il conclut de l'inexactitude de fait à l'illégalité ou à l'excès de pouvoir, sans donner d'autres explications.

Il faut donc reconnaître, à l'emploi de la notion de cause, le caractère d'un procédé technique exceptionnel, ou plutôt supplétif, ce procédé étant employé dans les hypothèses où, pour certaines raisons, les anciennes formules ne satisfont plus le juge. De ce fait, diverses explications peuvent être données, et il faut les énumérer rapidement. D'une part, il y a très certainement une volonté du Conseil d'Etat

(1) Cf. toute la jurisprudence rapportée au Chapitre III. A la date où ces lignes sont écrites, il n'y a pas eu, depuis l'arrêt Sarrail, de décision faisant appel à la notion de cause au moins parmi les arrêts publics au *Sirey* et au *Dalloz* (hebdomadaire et périodique), et parmi ceux parus au recueil *Lebon*, dont le dernier cahier publié est celui du début de l'année 1932. Le tout, naturellement, sauf erreur de notre part.

de continuer à employer les procédés traditionnels qui se sont incorporés à la jurisprudence par un usage très fréquent. Cette volonté est d'autant plus probable que l'emploi de la notion de cause fait appel à un concept juridique qui est loin d'être clair, même s'il est exact. C'est le cas en matière de repos hebdomadaire, c'est le cas en matière de protection des perspectives monumentales. On se trouve, dans ces cas-là, en présence de la « compétence liée ». Or, il est évident que pour la Haute Assemblée le contrôle de l'erreur de fait apparaît là comme une annexe du contrôle de la légalité. C'est tellement certain que des auteurs comme Duguit estiment qu'il n'y a pas de problème lorsque le juge de l'excès de pouvoir se borne à vérifier si les conditions de fait prévues par la loi sont réelement remplies. Nous croyons cette idée essentiellement inexacte, mais il est certain qu'elle suffit pour le Conseil d'Etat à expliquer toute une grande partie de la jurisprudence de l'erreur de fait, sans qu'il y ait lieu de faire appel à la notion de cause.

Nous nous apercevons, au surplus, que l'on peut grouper sous plusieurs rubriques les hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat fait appel à la notion de cause :

La première comporte les espèces relatives aux décisions modifiant la position des fonctionnaires, et prises sur la prétendue demande de ces derniers. C'est l'hypothèse visée par les arrêts Trépont, Blanchard, Guibert, de Zeltner.

La seconde comporte les espèces relatives aux décisions de licenciement des fonctionnaires pour suppression d'emploi. C'est l'hypothèse des arrêts Lefranc, Lèbre, Laurent.

Enfin, il existe une décision isolée visant « l'exclusion » du service public à raison de faits commis par un fonctionnaire antérieurement à son entrée au service. C'est l'arrêt Sarrail.

La première remarque qui s'impose au vu de cette classification, c'est que, jusqu'ici, le Conseil d'Etat n'a utilisé la notion de cause que dans la matière relative aux décisions touchant la carrière des fonctionnaires. On conçoit aisément la vérité de la proposition énoncée plus haut : à savoir que la technique jurisprudentielle de la cause a un caractère éminemment supplétif. Sont absolument en dehors de la jurisprudence de la cause toutes les innombrables espèces où le Conseil d'Etat réprime l'erreur de fait en d'autres matières que dans les décisions touchant la carrière des fonctionnaires. Pour ces dernières même, on voit que le champ d'application de la notion de cause est relativement peu étendu : le contentieux des mesures disciplinaires proprement dites ne l'utilise pas. La jurisprudence de la cause semble donc restreinte à quelques hypothèses très particulières.

Est-ce une raison pour la minimiser ? Faut-il déclarer que les arrêts utilisant la notion de cause sont d'une importance numérique infime par rapport aux arrêts faisant appel, en matière d'erreur de fait, aux notions traditionnelles, et que, par suite, ils doivent être traités comme des anomalies sans grande importance au milieu d'une jurisprudence ferme et cohérente? C'est ce que la plupart des auteurs semblent indiquer, ne voyant dans l'utilisation de la notion de cause qu'une innovation de vocabulaire sans importance, et, au surplus, fort rare dans son emploi.

Il est permis de penser différemment. Il est frappant que le Conseil d'Etat, en possession d'une technique d'une valeur éprouvée pour réprimer l'erreur de fait, fasse appel en certains cas, peu nombreux, mais incontestables, à des notions techniques différentes et nouvelles. On peut tout de suite supposer que ces innovations ont été réalisées, non au hasard, mais précisément en présence de certaines difficultés qui ne

pouvaient être surmontées par l'emploi des anciens procédés.

A priori on peut induire que le jurisprudence s'est trouvée en présence de certains cas-limites auxquels les moyens habituels de contrôle n'ont pu s'adapter et pour lesquels il a fallu innover. Or, l'étude des cas-limites est particulièrement intéressante, dans toutes les sciences, et en droit particulièrement. Le caractère *supplétif* d'un procédé juridique ne doit pas faire considérer ce procédé comme sans importance. C'est tout le contraire. Puisque précisément ce procédé réussit, là où d'autres échouent, c'est qu'il leur est, dans un certain sens, supérieur en valeur. Ceci, remarquons-le bien, n'explique nullement qu'il puisse les supplanter en pratique. Partout où les anciens procédés ont donné satisfaction, ils bénéficient de la tradition, ils sont bien connus; leur maniement est commode et souple, et il n'y a pas de raison pratique pour qu'ils soient supplantés avant longtemps par le procédé nouveau. Mais ce dernier garde une importance certaine. D'abord, il indique les bornes où s'arrête la valeur du procédé habituel, il en délimite le champ d'application. Ensuite, permettant au juge de pénétrer sur un terrain auquel les anciennes techniques ne lui permettaient pas d'accéder, il fait preuve, en un certain sens, d'une valeur pratique supérieure, et peut-être d'une valeur juridique plus certaine.

Il ne faut donc pas prendre argument du caractère supplétif de l'emploi de la notion de cause dans la jurisprudence pour déclarer que cette notion est sans importance. Tout au contraire, il faut rechercher pourquoi, dans certains cas bien déterminés, on l'utilise. A quelles déficiences des anciennes techniques correspond l'emploi de la technique nouvelle ? Voilà ce que nous nous proposons de rechercher. Nous croyons que l'on peut résumer schématiquement de

la façon suivante les conclusions auxquelles on aboutit :

Section I. — *La notion de cause constitue un procédé technique d'intégration de l'erreur de fait à l'ouverture de la violation de la loi, dans des hypothèses où les procédés ordinaires ne peuvent s'appliquer.*

Section II. — *La notion de cause revêt, en certains cas, un caractère synthétique et tend à ramener à l'unité les antécédents de fait ou de droit qui conditionnent la validité de l'émission d'un acte juridique.*

Section III. — *La notion technique de la cause tend à un contrôle des éléments objectifs de l'acte, s'opposant par là à la technique du but. Elle aboutit à la nullité pour violation de la loi, et non pour détournement de pouvoir. Elle n'est entièrement compréhensible qu'en faisant appel à l'idée des catégories juridiques.*

Section I

La notion de cause constitue un procédé technique d'intégration de l'erreur de fait à l'ouverture de la violation de la loi, dans les hypothèses où les procédés ordinaires ne peuvent s'appliquer.

Les auteurs ont souligné quelquefois, de façon excessive, le rôle joué par l'idée de la compétence liée dans la jurisprudence relative à l'erreur de fait (2). Lorsque la loi elle-même met à l'émission de certains actes juridiques des conditions de fait, et lie ainsi la compétence de l'administrateur, le contrôle de l'exactitude de fait se présente comme une annexe du contrôle même de la légalité. Nous savons que cette explication n'est peut-être pas parfaite; elle a

(2) V. *infra*, 2e partie, ch. II.

notamment le tort de négliger le point de vue des ouvertures qui postule une distinction du fait et du droit, et de ne se placer qu'au point de vue du partage des compétences. Ne revenons pas là-dessus. Mais cette explication est adoptée par la jurisprudence et par de nombreux auteurs. Le conditions de fait de l'acte sont prévues par la loi; le contrôle de leur existence se fait sans doute en forçant un peu l'ouverture de l'illégalité. Mais l'inexactitude du procédé n'apparaît pas comme flagrante.

En revanche, là où le problème devient plus délicat, et la réponse précédente, moins satisfaisante, c'est lorsque la loi n'ayant imposé aucune condition de fait à l'émission de certains actes, le juge de l'excès de pouvoir contrôle cependant les prétentions de l'Administration en ce qui touche les antécédents de l'acte. Duguit note que là un problème nouveau s'amorce puisqu'il n'y a plus compétence liée. Nous aurons à examiner plus loin la solution qu'il en donne. Pour l'instant, bornons-nous à remarquer que, incontestablement, l'explication de la compétence liée ne peut plus jouer dans un certain nombre d'hypothèses. Il y a, en certains cas, une déficience certaine du procédé classique. Ce procédé (3) consiste à constater que certains faits sont prévus par la loi, qui conditionnent la validité d'un acte. L'absence de ces faits constitue une illégalité, les conditions fixées par la loi n'ayant pas été remplies. Mais comment appliquer pareil raisonnement au cas où la loi n'a pas prévu de conditions de fait, et où cependant le Conseil d'Etat contrôle l'existence de ces faits? Nous avons déjà vu par exemple que dans des cas où l'Administration ne se voit pas imposer de motifs par la loi, elle ne peut cependant invoquer de motifs inexacts. C'est le cas dans les arrêts « Général de Noue » et « Congrégation des Sœurs hospitalières de Lyon ». Dans ces espèces, où est le caractère légal

(3) V. *supra*, ch. III.

des faits allégués par l'Administration ? Ne pourrait-on faire le raisonnement suivant : l'Administration est libre d'agir sans qu'aucune condition de fait soit présupposée à l'acte; pourquoi l'acte serait-il nul si l'Administration invoque des faits inexacts ? Encore pourrait-on admettre, au cas où l'erreur de l'Administration est faite de bonne foi, que le Conseil d'Etat, suivant la formule d'un commissaire du Gouvernement, entend préserver le « libre arbitre de l'Administration »; mais au cas où l'erreur est faite de mauvaise foi, elle agit, en réalité, en pleine connaissance de cause, et cette explication ne vaut plus : pourquoi retenir comme cause d'annulation l'*inexactitude* de faits dont la loi n'exige même pas l'*existence ?*.

Il est vrai qu'une explication peut être proposée dans cet ordre d'idées : l'inexactitude commise par l'Administration serait révélatrice de son intention illicite, et l'annulation de l'acte serait prononcée à raison du détournement de pouvoir ainsi décelé. Mais cette réponse se heurte à la conception même du Conseil d'Etat : en réalité, dans aucun de ces cas, il n'est parlé de détournement de pouvoir, mais seulement d'illégalité. C'est ce qui apparaît à la lecture des arrêts cités plus haut. Par exemple l'arrêt « Congrégation des Sœurs hospitalières de Lyon » déclare que le décret attaqué est « fondé sur un motif erroné et a, dès lors, été pris en violation de la loi » (alors qu'aucun motif n'était prévu par la loi); l'arrêt de Noue parle « d'excès de pouvoir », et non de détournement de pouvoir; il n'y est d'ailleurs fait aucune allusion au but poursuivi par l'auteur de l'acte attaqué. D'ailleurs, il faut remarquer que l'ouverture du détournement de pouvoir est difficile à mettre en œuvre en la matière. Sans doute, l'inexactitude des motifs est-elle de nature à jeter une suspicion sur les buts poursuivis par l'Administration, mais elle ne fait pas la preuve de l'illicéité de ces buts. En certains cas, le Conseil d'Etat le reconnaît

expressément : ainsi, dans l'arrêt Monod, un motif inexact est admis à titre d' « euphémisme » sans entacher la validité de l'acte. Au surplus, il est certains cas où un pouvoir discrétionnaire est si largement reconnu à l'Administration que le but illicite ne pourrait guère être que la poursuite d'un intérêt personnel de la part de l'auteur de l'acte. Il en est ainsi par exemple en ce qui touche les mesures de carrière prises à l'encontre des préfets, en matière de mesures concernant les congrégations. Dans ces hypothèses, il est admis, sans nul doute, que l'Administration puisse poursuivre un but politique. On voit que le détournement de pouvoir est difficile à démontrer; d'ailleurs, nous l'avons dit : en fait, le Conseil d'Etat n'y fait même pas allusion.

Il faut donc admettre qu'il s'agit d'une annulation pour violation de la loi. Mais alors on peut se demander quelle est la règle juridique dont la violation provoque l'annulation de l'acte. Par hypothèse, dans les espèces que nous visons, ce n'est pas une disposition légale ou réglementaire qui subordonne la validité de l'acte à l'existence de certaines conditions de fait. Il se pose le problème de savoir quel est le lien juridique qui réunit l'acte à ses motifs ou à ses antécédents de fait. Nous verrons, en étudiant plus loin les diverses théories émises par les auteurs que ce lien a été recherché dans diverses directions : idée de compétence, idée de la force propre de l'excès de pouvoir, idée du but, etc. Pour l'instant, une constatation semble s'imposer : c'est que les anciennes techniques jurisprudentielles étaient impuissantes à fournir une explication juridique des solutions pratiques données par le Conseil d'Etat. Il ne saurait être parlé de « fausse application de la loi » (comme dans l'arrêt Gomel), du défaut de « base légale » (comme dans l'arrêt Sei), dans des hypothèses où précisément aucune loi ne venait conditionner l'émission de l'acte. Sans doute le Conseil d'Etat pouvait-il procéder — comme il l'avait fait dans les arrêts

« de Noue » et « Congrégation des Sœurs hospitalières de Lyon » — par simples affirmations en déduisant directement l'illégalité de l'inexactitude des faits allégués, sans plus amples affirmations. Mais il y avait là une *inelegantia juris* dont notre tribunal administratif n'est pas coutumier.

Le problème restait donc entier et pouvait ainsi se formuler : quel est le lien qui, en dehors des cas de compétence liée, rattache la légalité de l'acte à l'exactitude des faits allégués par l'Administration comme étant les motifs de l'acte ?

Sur ce point, il y avait une nette déficience des techniques habituelles. C'est pour parer à cette déficience que le Conseil d'Etat, nous semble-t-il, a recours à la notion de cause dans l'arrêt Trépont. Ce procédé de la cause est extrêmement simple dans son application s'il soulève dans son explication des difficultés assez nombreuses. Le fait de la demande du fonctionnaire est considéré comme la cause du congé, celui de la suppression d'emploi est considéré comme la cause du licenciement. Ont-ils été faussement allégués ? L'acte manque de cause juridique. Ceci entraîne sa nullité : pourquoi ? Apparemment, parce qu'il est de l'essence de l'acte juridique de comporter une cause. Il ne faut pas voir dans la règle qu'affirme implicitement la Haute Assemblée une référence pure et simple à l'article 1131 du Code civil, mais, suivant l'habitude de la jurisprudence administrative, à un principe juridique supérieur. Sans doute, dans l'arrêt Trépont on ne peut pas voir un dessein précis du Conseil d'Etat qui a agi beaucoup plus sous la pression des circonstances que dans un but dogmatique, mais, de ce fait, l'arrêt revêt un caractère d'autant plus significatif.

Pourquoi le Conseil d'Etat a-t-il recours spécialement à la notion de cause? On peut répondre, semble-t-il, que c'est à raison de la très grande généralité, et peut-être même du vague de cette notion. En effet, en présence de quelle situation est-il dans l'espèce

de l'arrêt Trépont ? Devant une mise en congé que l'équité ordonne d'annuler, mais que la loi permet au Gouvernement de prononcer discrétionnairement, que l'on ne peut donc annuler simplement comme fondée sur des faits inexistants. Remarquons que le Conseil d'Etat se refuse à suivre le commissaire du Gouvernement dans la voie que celui-ci indique et qui consiste à annuler seulement la mention « sur sa demande » qui, dans l'acte est une inexactitude. La Haute Assemblée estime que l'inexactitude qui est à la base de l'acte le vicie dans son entier. Pour justifier cette solution, elle a recours à la notion la plus générale lui permettant de rattacher un acte à ses antécédents : la notion de cause. L'emploi de cette technique permet ou tout au moins semble permettre une annulation pour violation de la loi. La loi qui est violée ici, ce n'est pas un texte spécial imposant par exemple la nécessité d'une demande pour la validité d'une mise en congé, mais c'est un principe général qui veut que tout acte juridique ait une cause. Dans une hypothèse où la technique de la « base légale », de la « compétence liée » de la fausse application de la loi se révèlent impuissantes, la théorie de la cause, à raison même de sa généralité fournit encore au Conseil d'Etat une technique nouvelle lui permettant de perfectionner sa jurisprudence. Sans doute, le Conseil d'Etat est plus attentif à la solution pratique qu'il donne qu'à son explication théorique. Il n'indique pas comment il conçoit une théorie de la cause; il rattache sa jurisprudence à un principe juridique dont les contours sont imprécis, mais qui constitue une explication plausible de la solution donnée.

Ceci met en lumière à la fois le caractère supplétif de cette technique et son importance. Nous avons tâché de montrer sous l'empire de quelles nécessités le Conseil d'Etat fait appel à la théorie de la cause. Habitué à fonder son contrôle de l'erreur de fait sur le caractère légal du fait, ayant organisé des procédés techniques à ce destinés, il en constate l'insuf-

fisance dans les hypothèses où le contrôle de l'erreur de fait ne peut s'appuyer sur aucun texte. Il a alors recours au principe général de la *cause juridique*. Là où l'arrêt ne peut déclarer : « tel texte prévoit l'existence de telle condition de fait pour la validité de l'acte; son absence entraîne la nullité de ce dernier »; l'arrêt déclarera : « tout acte juridique doit avoir une cause; l'absence de la cause entraîne la nullité de l'acte. »

Mais ceci dit, il convient de remarquer que l'appel à la notion de cause garde un caractère exceptionnel. En effet, partout où l'ancienne technique peut valoir, partout où le juge peut présenter l'annulation comme fondée sur un texte précis présupposant des conditions de fait pour la validité de l'acte, il n'est pas de raison contentieuse pour faire appel à la notion de cause. Celle-ci est imprécise; le principe juridique auquel on se réfère par son intermédiaire est discuté. En conséquence, il est normal qu'elle reste un procédé de « secours », un procédé exceptionnel.

Naturellement, en présence d'hypothèses identiques à celle de l'arrêt Trépont, le Conseil d'Etat calquera ses décisions sur le modèle de cet arrêt, et c'est l'explication des arrêts Blanchard, Guibert, de Zeltner.

Il est vrai que cette jurisprudence de la cause a été ainsi étendue à certaines hypothèses, où des licenciements pour suppression d'emploi doivent être annulés, la suppression d'emploi ayant été inexistante ou fictive. Pour rendre compte de cette extension, il faut d'abord signaler la parenté certaine qu'il y a entre ces espèces et les espèces de la catégorie précédente. Dans les deux cas, il s'agit de mesures prises contre des fonctionnaires, comme conséquences de certaines situations de fait prétendues. Le rapprochement entre le contentieux de la mise en congé « sur demande » et celui du licenciement pour « suppression d'emploi » s'imposait à l'esprit du juge. Dans les deux cas également, on se trouvait ou on risquait de se trouver devant des mesures discipli-

naires déguisées, et par suite soupçonnées d'arbitraire. Il y a donc une parenté certaine entre la première catégorie d'actes et la seconde. Si la demande des fonctionnaires pouvait être qualifiée et considérée comme la « cause » de la mise en congé, pareillement la suppression d'emploi pouvait être considérée comme la cause du licenciement. Il y a donc un rapport d'analogie entre les deux hypothèses qui a très certainement influencé le juge dans le sens d'un appel à l'idée de cause.

Sans doute, il est juste de remarquer que le licenciement d'un fonctionnaire ordinaire est entouré d'autres garanties contre le pouvoir discrétionnaire, que la mise en congé d'un préfet, et sans doute le Conseil d'Etat eût-il pu, sans grand mal, adapter à l'espèce de l'arrêt Lefranc les techniques ordinaires. Mais déjà l'emploi de la notion de cause n'était plus une nouveauté, il se présentait comme naturel. C'est à lui que le Conseil d'Etat a eu recours.

Signalons enfin que l'emploi de la notion de cause présentait un avantage que nous retrouverons tout à l'heure. En effet, le point de savoir s'il y a eu ou non suppression d'un emploi est plus délicat que le point de savoir s'il y a eu une demande. La suppression de l'emploi est une situation complexe où des questions de droit et des questions de fait interviennent. L'utilisation de la notion de cause permet de grouper ces éléments dans un concept synthétique. Et ceci est encore plus net si l'on examine les arrêts rendus dans ces hypothèses postérieurement à l'arrêt Lefranc. La commodité qu'offrait l'emploi de la notion de cause dans ces espèces en permettant de résumer l'examen de la validité de l'acte dans une formule simple est une des raisons de la préférence manifestée par le Conseil d'Etat en faveur de la technique de la cause. Nous reviendrons sur ce point, le moment venu. Pour l'instant, reconnaissons qu'ici encore la cause se présente comme une technique employée à titre supplétif.

Enfin, dans l'arrêt Sarrail, la même remarque peut être faite. L'exclusion du service, suivant la formule du commissaire du Gouvernement, pour faits antérieurs à l'entrée au service est une création purement jurisprudentielle. Il serait difficile d'exciper d'un texte liant cette exclusion à certains faits; les faits sont la base de l'exclusion; mais on ne saurait, sans exagération, les qualifier de « base légale ». La notion de cause tend donc naturellement à expliquer l'idée nouvelle émise par la jurisprudence. D'ailleurs, ici son emploi cadre admirablement avec le rôle qu'on veut lui faire jouer : il s'agit d'une incompatibilité objective entre la fonction et certains faits accomplis par le fonctionnaire. Les faits sont la cause de l'exclusion, comme l'infraction est la cause de la peine. Ceci déborde le cadre des « motifs » qui impliquent toujours un élément subjectif. Il y a une cause juridiquement inexistante, lorsque les faits invoqués à l'appui de la mesure prise contre le fonctionnaire sont inexistants au regard du droit. C'est l'hypothèse de l'arrêt Sarrail.

Section II

La notion de cause revêt, en certains cas, un caractère synthétique et tend à ramener à l'unité les antécédents de fait ou de droit qui conditionnent la validité de l'émission d'un acte juridique.

Nous avons appelé l'attention, lors de l'examen des arrêts Lèbre et Laurent, sur le caractère spécial et le rôle de la notion de cause dans ces espèces. « Elle groupe et résume, avons-nous dit, l'argumentation relative aux conditions de fait et de droit de la mesure prise. »

Nous avons montré combien, dans ces espèces, on était loin au fond de la simplicité du problème juridique posé par l'arrêt Trépont. La mise en forme du problème est cependant — *grosso modo* — la même

dans les deux cas : la légalité du licenciement est liée à la réalité de la suppression d'emploi dans les arrêts Lèbre et Laurent comme la légalité de la mise en congé était liée à la réalité de la demande dans l'arrêt Trépont. Mais les termes du problème sont bien plus complexes dans le premier cas : la demande du fonctionnaire est un fait simple, qui pose une question d'exactitude matérielle de façon à peu près exclusive; au contraire, la suppression d'emploi est un acte complexe qui comporte à la fois des questions de fait et des questions de droit.

Ceci était déjà apparu avec l'arrêt Lefranc. Dans cette espèce, la question de la *simulation* avait été posée. En quoi consiste exactement la suppression d'emploi ? Peut-on dire notamment qu'un emploi est supprimé et que ce fait peut servir de base à une décision de licenciement, alors que quelques jours après la décision de suppression, il a été rétabli et a reçu un nouveau titulaire ? La suppression d'emploi peut-elle consister dans une vacance de quelques jours, de quelques heures, d'un instant de raison même ? Le Conseil d'Etat déclare, dans l'arrêt Lefranc, qu'un emploi ne saurait être considéré comme supprimé dans de pareilles conditions.. Or, ceci est fort important, car, en somme, le Conseil d'Etat examine si la suppression d'emploi est autre chose qu'une qualification; c'est donc qu'elle a une existence objective. Et ceci rejoint très exactement ce qu'écrit le Doyen Hauriou au sujet de l'existence objective des emplois publics (4). La preuve qu'il y a une existence objective des emplois publics, c'est qu'ils résistent dans une certaine mesure aux qualifications dont l'administration recouvre les actes les concernant. Lorsqu'un emploi est prétendûment supprimé, puis rétabli au bout d'un très court laps de temps, le Conseil d'Etat considère que la suppression n'a pas été effective et que l'existence objective de

(4) Hauriou, Précis, p. 748 et suiv., et note 28.

l'emploi s'est poursuivie à travers cette courte interruption. A la question de droit pur qui porte sur la validité de la suppression et sur la compétence de son auteur s'ajoute une question qui touche au fait, celle de la réalité de la suppression. De telle sorte que, lorsque le Conseil d'Etat parle de la suppression d'emploi comme d'un fait dont l'exactitude peut être mise en question, c'est à cette série de considérations qu'il fait allusion sous une forme synthétique. Nous ne reprendrons pas l'analyse des arrêts Lèbre et Laurent. Dans ces espèces, le Conseil d'Etat se trouve en présence du même problème : le licenciement est-il réellement fondé sur une suppression d'emploi? Mais pour trancher la question de l'existence ou de l'inexistence de cette suppression d'emploi, il avait à examiner :

Dans l'arrêt Lèbre :

1° La compétence du ministre en matière de suppression d'emploi;

2° L'état de la réglementation par voie de décret en ce qui touchait la réorganisation des services français de la Société des Nations.

Dans l'arrêt Laurent :

1° La compétence des diverses autorités en ce qui touche l'organisation des Administrations centrales (et ceci amenait à interpréter l'article 77 de la loi du 31 décembre 1921);

2° La portée du décret du 22 mai 1924 et son effet sur les licenciements irréguliers prononcés antérieurement à sa promulgation;

3° L'incidence de ce décret sur les emplois du ministère des Régions libérées;

4° L'état numérique des emplois de ce ministère.

Et dans les deux espèces, à la suite de l'examen de ces éléments, le Conseil d'Etat conclut à l'inexistence de la cause juridique des actes attaqués. Mais il ne le

fait pas suivant la formule habituelle qui fait découler l'inexistence de la cause de l'inexactitude du *fait*. Dans les deux espèces, il n'est pas question de fait matériellement inexact, comme c'était encore le cas dans l'arrêt Lefranc. « En tenant pour supprimé l'emploi du sieur Lèbre, le ministre a donné comme base à sa décision une cause juridique inexistante. » Telle est la nouvelle formule que reproduit d'ailleurs l'arrêt Laurent. Ainsi le chaînon intermédiaire du « fait matériellement inexact » a disparu du raisonnement de la Haute Assemblée, suivant une évolution qui, remarquons-le, avait été pressentie par le Doyen Hauriou (5). L'arrêt Sarrail ne démentira pas cette évolution.

Ainsi, il nous semble juste de dire que le point de vue du fait matériellement inexact est dépassé et que l'emploi de la cause se trouve correspondre à autre chose qu'à la simple inexactitude de fait. Dans l'arrêt Sarrail, elle sert à exprimer « l'inexactitude juridique » de certains éléments d'un acte; dans les arrêts que nous venons d'examiner, elle réalise une contraction saisissante du raisonnement de la Haute Assemblée. L'emploi n'a pas été supprimé ; cette constatation, le Conseil d'Etat la fait au terme d'une longue discussion où elle examine de pures questions de droit (par exemple des questions de compétence), des questions de fait (par exemple le nombre effectif des emplois d'un service). On ne peut dire que la suppression d'emploi constitue un fait matériellement inexact; ce n'est pas un fait; d'un autre côté, on ne peut parler de la simple erreur de droit (ou ce n'est que dans la mesure où toutes les décisions erronées constituent des erreurs de droit). Cette complexité se résume et se synthétise dans la formule de la cause. L'inexactitude en droit et en fait du raisonnement administratif qui aboutit à la décision annulée se concentre dans une inexistence de l'élément causal.

(5) V. *infra*, p. 186.

Or, ceci nous paraît gros de conséquences. Que représente en somme la suppression d'emploi dans ces espèces, et tous les éléments de fait qui la composent : ils représentent certaine condition de validité objective de l'acte, ceci dans l'ordre des éléments antécédents de l'acte et non plus des éléments subséquents. Remarquons que nulle part il n'est question du but que poursuivait l'Administration en licenciant ses fonctionnaires. Il n'est pas dit que le licenciement ayant pour but de satisfaire à une suppression d'emploi inexistante a lui-même un but inexistant. Le raisonnement est bien plus direct : objectivement, le licenciement pour suppression d'emploi a pour cause la suppression d'emploi. Et ici *cause* a son sens le plus direct, le plus physique : il n'est pas tenu compte des considérations du but de l'auteur de l'acte; on peut même dire que l'auteur de l'acte s'efface; ce qui demeure, c'est un état de chose objectif et antécédent à l'acte qui peut ou non le fonder. C'est d'éléments antécédents de l'acte, éléments de droit et de fait que la notion de cause tend dans ces derniers arrêts à réaliser la synthèse. Il faut aussi souligner le caractère objectif de ces éléments et leur indépendance des considérations subjectives de l'agent. Ainsi la cause se présente comme une notion synthétique dans laquelle viendraient s'unifier les éléments objectifs et antécédents de l'acte, par opposition à l'idée de but qui grouperait les éléments subjectifs et subséquents (6).

Ceci rejoint la troisième série des considérations que nous devons développer, ayant trait au caractère objectif de la nullité pour défaut de cause des actes administratifs et à la liaison de cette théorie avec l'idée de catégorie juridique.

---

(6) Sur tous ces points nous renvoyons à notre seconde partie et aux chapitres I et II de notre troisième partie.

Section III

La notion technique de la cause tend à un contrôle des éléments objectifs de l'acte, s'opposant par là à la technique du but. Elle aboutit à la nullité pour violation de la loi, et non pour détournement de pouvoir. Elle n'est entièrement compréhensible qu'en faisant appel à l'idée des catégories juridiques.

Evidemment, il peut paraître surprenant que, dans le contentieux administratif français, on puisse opposer l'idée de cause à celle de but. En droit civil, en effet, les deux idées se sont confondues. Même les auteurs qui, comme M. Maury, essaient de construire une théorie objective de la cause, fondée par exemple sur la notion d'équivalence, ne peuvent pas négliger le rôle très grand joué dans la théorie de la cause par la notion du but des parties. Il y a une inclination naturelle, née d'une habitude séculaire, à rechercher le domaine de la notion de cause dans la « région » des éléments téléologiques de l'acte juridique. Ceci est très net si l'on examine le point de vue auquel, automatiquement, s'est placée la presque unanimité des auteurs. Le Doyen Hauriou (7) [il est vrai que la jurisprudence de la cause était encore à naître] avait admis primitivement, en 1902, que la notion de cause devait trouver son emploi dans le contentieux du détournement de pouvoir. Pour Duguit, l'identification de la cause et du but est fatale; et nous verrons que la doctrine italienne s'est tout naturellement placée dans le cadre des éléments téléologiques de l'acte lorsqu'elle a essayé d'adapter l'idée de cause à la théorie de l'acte administratif. Cependant, une constatation s'impose au point de vue contentieux; la notion de cause, *telle que l'emploie la jurisprudence administrative,* se situe sur un plan différent de celui du détournement de pouvoir et du contrôle des buts

(7) Cf. Hauriou et de Bezin, La déclaration de volonté, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1902.

de l'auteur de l'acte. Cette constatation, nous allons la développer, mais avant même de le faire, nous avons à formuler une réserve d'une extrême importance : ce que nous constatons, c'est une opposition dans le *contentieux administratif actuel* entre la jurisprudence de la cause et la jurisprudence du contrôle du but des actes administratifs. Ce qui est réservé, c'est la valeur théorique de cette constatation, et c'est surtout la question de savoir si cet antagonisme de la cause et du but ne se résorbe pas dans une notion juridique plus vaste, dont ces deux notions ne seraient que des aspects différents. Autrement dit, est réservée toute la partie de nos développements qui, à l'aide des éléments tirés du contentieux, mais sur un autre plan que le contentieux, doit s'efforcer d'examiner la notion de cause d'un point de vue théorique.

Mais ceci dit, nous voyons qu'il est impossible de ne pas voir dans la jurisprudence de la cause quelque chose de très différent, et peut-être d'opposé à la jurisprudence du Conseil d'Etat relative au détournement de pouvoir. On a souligné plus haut que l'explication de la jurisprudence de la cause par le détournement de pouvoir était artificielle et ne reposait sur aucune donnée jurisprudentielle certaine. Il faut maintenant aller plus loin.

Le détournement de pouvoir constitue indéniablement un procédé de contrôle de l'élément-but dans l'acte juridique. Il serait fastidieux de revenir sur ce point et aussi sur les discussions auxquelles peut donner lieu la définition du but. Pour l'instant, il n'est besoin que de faire la remarque suivante : la caractéristique du détournement de pouvoir c'est qu'elle tend à une analyse des éléments psychologiques et subjectifs de l'acte juridique. Le Conseil d'Etat scrute les intentions de l'auteur de l'acte, porte un jugement sur les fins poursuivies par lui; en fin de compte, se prononce sur un certain état de conscience existant chez cet auteur. Au contraire, la jurisprudence de la cause ne fait nullement appel à des éléments psycho-

logiques; elle se présente comme entièrement objective : c'est la correspondance d'un acte à une certaine situation objective de droit ou de fait qui est envisagée. Or, remarquons-le, cette opposition entre l'élément objectif et l'élément subjectif de l'acte correspond à une autre opposition, celle des éléments antécédents et des éléments subséquents de l'acte. Ceci est facile à comprendre. Au moment de l'acte, ce qui est subjectif, ce qui est réalisé uniquement dans un certain état psychologique, ce sont les conséquences de l'acte. Il y a là une constatation de fait qui confine au truisme.

Or, il est remarquable que la jurisprudence de la cause réalise un contrôle exercé sur les éléments antécédents et objetifs de l'acte juridique. Le Conseil d'Etat ne se demande pas : l'auteur de la mise en congé a-t-il eu en vue de satisfaire à la demande du fonctionnaire ? L'auteur du licenciement a-t-il eu pour but de satisfaire à la suppression d'emploi ? Non, mais simplement y a-t-il eu demande ? Y a-t-il eu suppression d'emploi ? Y a-t-il eu, en un mot, une cause de l'acte ? Les deux points de vue peuvent paraître assez voisins; or, il n'en est rien.

Et ceci est évident au point de vue pratique. En effet, l'auteur de l'acte a réellement pu croire qu'il y avait eu suppression d'emploi ou qu'il y avait eu réellement demande; il a pu se tromper de très bonne foi et, subjectivement, son but est correct. Cela n'a pas d'importance : ce qui entre en ligne de compte, c'est l'existence objective d'un certain état de fait ou de droit précédant l'acte.

Lorsqu'on voit s'intégrer, comme on le montrait plus haut dans cette notion de la cause inexistante, tous les éléments objectifs antécédents de l'acte (question de compétence, question de fait, etc.), on doit bien conclure que la cause *constitue un pôle d'attraction à l'opposé de l'idée de but.* On peut dire que, autour de l'idée de but s'ordonnent, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, les éléments subjectifs de l'acte, donc

les éléments subséquents (but proprement dit, motif subjectif) ; mais autour de l'idée de cause s'ordonnent les éléments objectifs, antécédents par nature à l'acte.

Ceci se manifeste à un second point de vue : celui de la nature de la nullité ainsi mise en œuvre. Dans un cas, c'est le détournement de pouvoir, dans l'autre c'est l'illégalité qui motive l'annulation de l'acte. Or, quels que soient les efforts faits pour nier ce fait, il semble qu'il y ait une différence de nature entre ces deux cas d'ouverture. Renvoyons sur ce point à ce que dit le Doyen Hauriou du caractère propre de l'excès de pouvoir, « délit professionnel commis au mépris, non pas de la loi, mais de maximes professionnelles, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi. » Or, c'est à ce caractère propre de l'excès de pouvoir que se rattache le détournement de pouvoir. La mise en œuvre de la notion de cause diffère donc de celle de la notion de but ou de motif par les résultats pratiques auxquels elle conduit. Du point de vue des résultats, y a-t-il d'ailleurs un avantage réel à aboutir à une annulation pour violation de la loi, de préférence à une annulation pour détournement de pouvoir ? On peut penser que oui. Il y a toujours intérêt en droit à disposer des procédés techniques des plus simples, et l'annulation pour violation de la loi est souvent plus simple à obtenir que l'annulation pour détournement de pouvoir. Elle dispense de toute recherche psychologique et s'obtient par la considération de simples éléments objectifs, dont l'existence ou l'inexistence peut être démontrée de façon relativement commode. Ajoutons enfin que le Conseil d'Etat, en exigeant que le détournement de pouvoir résulte du dossier, a peut-être fait à rebours l'éducation des Administrations subalternes : il leur a appris à être prudentes dans les explications qu'elles fournissent sur leurs actes lorsqu'ils sont attaqués. Ils sont rares aujourd'hui les maires, nouvellement élus,

qui avouent naïvement avoir révoqué le secrétaire de la mairie attaché à l'ancienne majorité, pour le seul motif que « c'est l'usage et que l'on a toujours agi ainsi dans la commune. » (8)

Mais le caractère objectif de la notion de cause, telle que l'emploie le Conseil d'Etat, n'est pas entièrement compris si l'on n'ajoute pas que cette notion doit être combinée avec l'idée de catégorie. Nous n'ignorons pas que cet appel à la catégorie juridique est peut-être l'obstacle le plus puissant qui se soit opposé à l'adhésion de nombreux juristes à la théorie de la cause telle que la formule le Doyen Hauriou. C'est, disent à peu près les adversaires de cette idée, revenir à un droit primitif que d'admettre l'existence d'une cause catégorique. Pourtant, il ne semble pas que l'on puisse rendre compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat si l'on néglige cette donnée. C'est précisément l'admirable mérite du Doyen Hauriou que d'avoir découvert que cette notion de catégorie pouvait seule fournir une synthèse exacte de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

En effet, il ne suffit pas de constater que le licenciement a pour cause la suppression d'emploi et que le congé a pour cause la demande. Ce serait, en un sens, faux, puisqu'il y a des congés qui sont accordés autrement que sur demande et des licenciements qui ont une autre base que la suppression d'emploi. Mais ce qu'il importe de constater, c'est que le congé sur demande et le licenciement pour suppression d'emploi sont des catégories juridiques déterminées. Ceci semble inutile, mais il n'en est rien, et la preuve en est, par exemple, que dans ses remarquables conclusions sous l'arrêt Trépont, M. Rivet a été gêné par l'abstention où il s'est tenu — volontairement ou involon-

(8) C'est une formule que l'on trouve au moins rappelée dans un ancien arrêt du Conseil d'Etat dont nous n'avons pu retrouver la référence.

tairement — de faire appel à l'idée de catégorie. Sans rien ôter à la très haute valeur des considérations développées par lui, il est un point où on peut les trouver inexactes. L'éminent commissaire du Gouvernement essaie (sur la base de l'arrêt Monod) d'établir une distinction entre les cas où la mention d'une prétendue demande est de nature à faire grief au fonctionnaire, et ceux où elle n'est qu'un « euphémisme ». Et la conclusion logique de ces développements, fondés sur l'idée du préjudice moral causé, aboutit à une demande d'annulation partielle de l'acte attaqué, mais seulement en ce qui concerne la mention inexacte. Le système est discutable, car le point de savoir si la demande fait grief au fonctionnaire est tranché par le recours même de ce dernier, qui est le plus qualifié pour savoir s'il à se plaindre d'une inexactitude, et qui répond affirmativement du seul fait de son recours. Mais alors on parlera de « grief légitime », de « grief réel ». Cela mène bien loin, et en tout cas cela conduit à une annulation partielle de l'acte.

Le Conseil d'Etat abandonne cette partie un peu subtile des conclusions de M. Rivet et prononce une annulation pure et simple de l'acte. Pourquoi ? On pouvait concevoir que la mention inexacte de la demande fut supprimée du corps de l'acte; mais, même en reprenant l'expression du Conseil d'Etat, manquait-il de cause pour cela ? Non, puisque le Gouvernement pouvait, d'office, mettre le préfet en congé sans avoir à donner d'autre motif; il pouvait dire: *sit pro ratione voluntas*. Mais ici intervient l'idée de catégorie, à laquelle implicitement, et peut-être involontairement le Conseil d'Etat se réfère. Supprimer la mention « sur sa demande », ce n'est pas seulement annuler partiellement un acte administratif, mais c'est le transformer, c'est en faire un *nouveau*. C'est faire d'un *congé sur demande* un *congé d'office*, et le Conseil d'Etat peut renvoyer à l'Administration pour faire ce que de droit — c'est ce qu'il fait en l'es-

pèce — mais il ne peut remplacer les actes incorrects par des actes corrects. Supprimer la mention de la demande, c'était changer l'acte de catégorie, c'était le refaire.

Tout cela la Haute Assemblée l'a compris ou pressenti, et c'est d'autant plus exact que ceci éclaire complètement la théorie de la cause, et notamment son caractère objectif. « La cause d'un acte juridique, dit le Doyen Hauriou, est le *fait déterminant* qui classe cet acte dans une catégorie légale. » Et ceci répond à la question posée plus haut : pourquoi un acte peut-il être annulé pour l'inexactitude des faits allégués, alors qu'il serait valable en dehors de toute allégation de faits ? Parce que l'inexistence du fait allégué entraîne l'inexactitude de la catégorie prétendue. Sans doute, un acte d'une autre catégorie eut été possible, mais l'acte, tel qu'il a été fait, n'a pas été placé dans une catégorie correcte. L'auteur de l'acte avait peut-être la faculté de faire un acte correct aboutissant aux mêmes résultats pratiques; mais, en ce cas, il eût dû prendre une catégorie correspondant à la situation de fait ou de droit envisagée.

Et ceci souligne le caractère objectif de la notion de cause ainsi conçue. La notion du fait déterminant est une notion objective. « Rien n'est objectif comme un fait », dit le Doyen Hauriou. Celle de catégorie l'est tout autant. Et même on peut dire que l'existence des catégories juridiques est un moyen de limitation très objectif opposé à la prolifération des formes juridiques que peut produire l'activité des volontés individuelles.

Il faut reconnaître loyalement que cette donnée de catégorie est déduite de la jurisprudence du Conseil d'Etat, plutôt qu'elle n'y est, à proprement parler, trouvée. C'est la note au *Sirey*, sous l'arrêt Lefranc, qui la retrouve et la met en lumière. Elle nous paraît exacte et nous redisons pourquoi. D'abord, elle explique l'annulation totale prononcée dans les

arrêts Trépont et Blanchard : une annulation partielle portant sur la mention inexacte eût abouti à un changement de catégorie de l'acte attaqué, c'est-à-dire, en réalité, à l'annulation de l'acte ancien et à la création d'un nouveau. Or, cette création n'est pas au pouvoir du juge administratif.

En second lieu, l'idée de catégorie correspond à une réalité juridique exacte : l'idée de la limitation des actes juridiques au moyen des situations objectives. Mais ceci n'a pas sa place ici, et nous aurons l'occasion de revenir là-dessus.

Qu'il suffise qu'ait été signalée ici l'importance primordiale de l'idée de catégorie dans cette jurisprudence de la cause.

DEUXIÈME PARTIE

La notion de cause dans la doctrine administrative.

DEUXIEME PARTIE

La notion de cause dans la doctrine administrative.

Quelle portée et quel sens ont attribué à la jurisprudence que l'on vient de voir les auteurs du droit administratif français ? La plupart ont noté avec intérêt l'emploi d'un vocabulaire nouveau en la matière par le Conseil d'Etat, mais se sont refusés à y voir autre chose qu'une commodité de langage, sans grande portée théorique. M. Jèze croit que la jurisprudence de l'examen du fait s'explique par une notion tout autre que celle de la cause. M. Bonnard rejette également l'explication avancée par la jurisprudence. Il faut noter, au surplus, que, la question de la cause se posant pour ces auteurs à partir des données jurisprudentielles, leurs explications se rapportent autant au problème contentieux de l'examen du fait qu'au problème théorique de la cause. Seul Duguit aborde la question d'un point de vue *a priori :* celui de l'analyse de l'acte juridique, mais n'est pas pour cela plus favorable à la cause.

Pourtant, dès 1926, seul dans la doctrine le Doyen Hauriou avait signalé qu'il y avait dans la notion nouvelle employée par le Conseil d'Etat tout autre chose qu'un simple procédé de vocabulaire et que le juge de l'excès de pouvoir, à propos d'un problème de technique contentieuse, avait remis au jour une notion fondamentale du droit, valable en droit public comme en droit privé.

De telle sorte que, si l'on peut parler d'une théorie de la cause propre à Hauriou, il n'est guère possible d'employer une expression semblable pour les autres auteurs de droit public. Par rapport à la théorie de

la cause, leur position est négative : ils nient l'utilité de semblable notion. Mais comme cette notion ne serait qu'une solution à des problèmes constants, leur opposition se traduit par les tentatives qu'ils font pour résoudre ces problèmes, par d'autres procédés que celui de la cause : théorie du motif déterminant chez M. Jèze, du but chez Duguit, du motif objectif chez M. Bonnard. Ainsi les positions des adversaires de la notion de cause, si elles ont quelques points communs — et notamment la défiance à l'égard des discussions du droit privé — ne sont cependant pas identiques. Si elles ont en commun d'expliquer les problèmes mis à nu par la jurisprudence autrement que par la cause, elles diffèrent par les solutions qu'elles prétendent apporter aux questions posées dans la jurisprudence. Aussi ne nous dissimulons-nous pas le caractère artificiel, mais commode de la rubrique sous laquelle nous les groupons : « Les adversaires de la notion de cause en droit administratif français. »

Au surplus, il conviendra que nous demandions des directives de recherche à certains auteurs étrangers, non encore une fois que nous voulions faire une place au droit comparé, mais parce que nous voudrions embrasser le maximum de perspectives possible.

Fidèle à notre plan, nous avons laissé de côté dans cette partie tout ce qui a trait à une étude critique. Nous en sommes encore à la phase du rassemblement des matériaux; nous exposons les théories, et l'essai de critique que nous en donnerons viendra plus loin à sa place.

On étudiera donc, dans trois chapitres différents :

Les idées du Doyen Hauriou sur la théorie de la cause;

Les idées des adversaires de la notion de cause en droit administratif français;

Et enfin, certaines théories étrangères, notamment en ce qui touche la théorie de la cause, intérêt public.

CHAPITRE PREMIER

La théorie de la cause d'après le Doyen Hauriou.

La Doyen Hauriou a été amené à se poser le problème de la cause en droit administratif, comme la plupart des auteurs français, par l'examen de la jurisprudence elle-même, et ce serait mal comprendre sa théorie que de l'imaginer née d'une réflexion *a priori* sans contact avec les réalités jurisprudentielles. Dans une étude ancienne écrite en collaboration, sur la « Déclaration de volonté en droit administratif français » (1), le savant auteur, effleurant la question de la cause, indiquait très exactement que l'exigence de la cause dans les actes juridiques était une limitation imposée à l'autonomie de la volonté. Mais, faisant application du vocabulaire civiliste qui identifiait la cause aux éléments téléologiques de l'acte, il voyait dans le but de l'acte administratif la cause de cet acte, et dans l'annulation pour détournement de pouvoir une application de la théorie de la cause illicite.

C'est dans un esprit entièrement différent que la note sous l'arrêt Lefranc aborde le problème de la jurisprudence née de l'arrêt Trépont. Ne craignant pas d'admettre dans la doctrine administrative une notion nouvelle, si par ailleurs elle est exacte et utile, le Doyen Hauriou aperçoit nettement les divers problèmes que pose le mot nouveau employé par la Haute Assemblée. Problème d'ordre technique tout

(1) Hauriou et de Bezin, La déclaration de volonté en droit administratif français, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1902.

d'abord : il s'agit d'un procédé nouveau employé par le Conseil d'Etat pour poursuivre et perfectionner sa jurisprudence de l'erreur de fait. Il s'agit d'un essai fait par lui pour résoudre théoriquement la contradiction « hegelienne » entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, et justifier l'annulation pour violation de la loi d'actes viciés par une erreur de fait. Mais au delà du procédé technique employé par le contentieux administratif, n'y a-t-il pas autre chose, et le problème n'est-il pas un problème touchant aux principes mêmes du droit ? La notion de cause, longtemps délaissée par le droit administratif, n'apparaît-elle pas comme une de ces « constantes » du monde juridique, qui peuvent rester latentes un certain temps, mais que les nécessités pratiques finissent par remettre au jour ? La cause n'est-elle pas autre chose qu'une explication commode de certaines solutions contentieuses ?

Voici donc les deux aspects : aspect de la technique du contentieux, aspect du fond du droit, sous lesquels le problème se pose pour le Doyen Hauriou. Il est donc logique de respecter la démarche de sa pensée et de replacer le problème dans son cadre. Avant d'examiner la théorie proprement dite de la cause, il faut rappeler quelle conception de l'excès de pouvoir avait l'éminent auteur, et comment la jurisprudence de la cause venait s'y insérer.

Section I

La notion de l'excès de pouvoir dans la doctrine d'Hauriou.

Une des idées dominantes dans l'œuvre du Doyen Hauriou, c'est que la notion de l'excès de pouvoir déborde celle de l'illégalité. A n'en pas douter, l'éminent auteur défend ici une position que la jurisprudence et une partie de la doctrine tendaient à abandonner de plus en plus, surtout depuis l'extension énorme de l'ouverture de la violation de la loi, qui semblait devoir absorber toute les autres et la notion

même de l'excès de pouvoir. Déjà, dans sa note sous l'arrêt Casanova (2), le Doyen Hauriou approuvait l'innovation jurisprudentielle par laquelle le Conseil d'Etat prenait en mains « la tutelle financière des administrations locales ». « Le recours pour excès de pouvoir, depuis quelques années, risquait de s'immobiliser dans le contrôle de la légalité : le Conseil d'Etat perdait ainsi un peu de sa haute situation; il devenait un juge, comme les autres, chargé d'assurer l'application de la loi. Par un coup de barre hardi, le recours pour excès de pouvoir revient à ce qu'il fut toujours essentiellement un moyen de bonne administration... » A vrai dire, le Doyen Hauriou n'ignorait pas la puissance attractive de la conception confondant excès de pouvoir et illégalité. Dans sa note sous les arrêts « Ville d'Avignon » et « Adda » (3), lui-même y avait cédé un instant : « L'excès de pouvoir a été au début comme une sorte de notion vague et complexe où il y avait un certain désir de justice et aussi une préoccupation d'ordre dans l'Administration; mais à mesure que la légalité s'est développée par la multiplication des lois et règlements, en fait l'ordre administratif s'est trouvé complètement déterminé par la légalité et s'est confondu avec celle-ci. » Et, plus loin, après avoir assimilé l'ouverture du détournement de pouvoir elle-même à une ouverture d'illégalité, le Doyen Hauriou admettait que, au contraire de ce que soutenait Laferrière, ce n'est pas la violation de la loi et des droits acquis qui est entrée un peu artificiellement dans la notion de l'excès de pouvoir; c'est « l'excès de pouvoir qui est devenu une variété de violation de la loi. La violation de la loi, comme notion plus générale, absorbe ici celle de l'excès de pouvoir comme elle l'a absorbée dans le recours en cassation en matière civile. » Notons même

(2) C. E., 29 mars 1901 (Casanova, Canezzi et autres). *S.*, 01. 3. 73, et *J. A.*, II, p. 227.

(3) C. E., 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, 15 décembre 1899, Adda. *S.* 1900. 3. 73, et *J. A.*, II, 403.

ici l'allusion à une analogie entre le recours en cassation civile et le recours pour excès de pouvoir, qui n'a pas peu contribué à la confusion de l'excès de pouvoir et de l'illégalité.

On voit que dans la note sous l'arrêt Casanova, le savant auteur critiquait une position qu'il connaissait bien pour s'y être lui-même arrêté un instant.

Mais dans toute son œuvre, tant dans ses notes de jurisprudence que dans ses traités, le Doyen Hauriou devait, par la suite, insister sur la distinction de l'excès de pouvoir et de l'illégalité. Sous l'arrêt Gomel (4), il examinait et critiquait l'évolution tendant à faire du recours pour excès de pouvoir un recours « pour violation de la loi ou pour contrôle de la légalité. » Examinant et confrontant les notions respectives de l'excès de pouvoir et de l'illégalité, il en venait à indiquer qu'il y a « dans la notion de l'excès de pouvoir un principe propre qu'il ne faut pas abandonner parce qu'il est doué d'une plus grande élasticité que le principe de la légalité. »

Le Doyen Hauriou conçoit le principe de la légalité comme le principe de la subordination de toutes les sources du droit à la loi. Et il donne de cette conception une démonstration tirée de la théorie commune de l'illégalité des règlements et des décisions judiciaires. Mais ce qu'il y a de plus intéressant dans cette démonstration, c'est l'argument tiré de ce que l'auteur appelle la « contre-épreuve » : La violation de la loi constitue dans les jugements, de l'avis unanime, une erreur de droit, et c'est cette erreur de droit que la cassation réprime tout comme est réprimée l'illégalité des règlements. Mais pourquoi cette répression, commune au règlement et aux décisions judiciaires? C'est que ces dernières, par le biais du droit jurisprudentiel, risquent de devenir, elles aussi, sources de droit, et sources de droit qui seraient indépendantes de la loi

(4) C. E., 4 avril 1914, Gomel, et 1er mai 1914, Abbé Didier. *S.*, 17. 3. 25, et *J. A.*, II, p. 372.

si la cassation n'intervenait pas. Au fond, ce que réprime essentiellement la cassation, c'est moins la non-conformité à la loi d'une décision particulière que la non-conformité à la loi d'une source possible du droit. On peut donc définir le principe de la légalité comme un principe de subordination des sources du droit à une source unique, ou comme une sorte de hiérarchie des normes, avant les théories kelseniennes (et d'ailleurs dans un sens différent de celles-ci).

Et, dans son langage personnel, le Doyen Hauriou conclut que le principe de la légalité est une « police du système juridique ». L'expression fait image et correspond bien, en effet, à cette idée que la jurisprudence « pourchasse », « l'erreur du droit qui va devenir règle générale obligatoire ».

En opposition avec l'idée de légalité, le principe de l'excès de pouvoir est une « une police de la magistrature et de l'Administration ». Il sanctionne « une sorte de délit professionnel commis au mépris, non pas de la loi, mais des maximes professionnelles ». Son domaine favori, c'est le détournement de pouvoir et l'incompétence *ratione materiæ*. C'est la notion de l'excès de pouvoir qui permet au Conseil d'Etat de n'être pas une juridiction comme les autres et de jouer dans une certaine mesure le rôle d'un supérieur hiérarchique.

Cette idée de la force propre de l'excès de pouvoir en face de l'illégalité devait, par la suite, s'enrichir des vues émises par le Doyen Hauriou à propos des standards et des directives, sur l'opposition entre ce qu'il appelait la police juridique et le fond du droit (5). Le Doyen Hauriou a une conception quel-

(5) Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al. Sanhoury, dans *Rev. trim. Dr. civ.*, 1926, et dans *Aux sources du droit* (Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23).

Cf. aussi note sous C. E., 17 juillet 1925, Association du Personnel de la Banque de France, S. 25. 3. 33, et *J. A.*, II, 90.

que peu personnelle du standard et de la directive (6). Là où les auteurs anglo-saxons et leurs commentateurs français (7) voyaient des procédés du droit se différenciant essentiellement de la règle de droit par leur particulière souplesse et leur constante possibilité d'adaptation, le Doyen Hauriou voit de plus des procédés de droit ayant une origine propre et séparés de la règle de droit par toute la distance qui existe entre l'auto-limitation et l'hétéro-limitation. Alors que, dans la conception anglo-saxonne, il semble que le standard puisse être indifféremment d'origine jurisprudentielle ou extra-jurisprudentielle; dans la conception d'Hauriou, sa caractéristique essentielle c'est qu'il représente un effort « d'auto-limitation du pouvoir discrétionnaire » du juge ou de l'administrateur. En somme, plus qu'à la nature même de la norme examinée, le Doyen Hauriou s'attache à son origine pour décider si elle constitue ou non un standard. La directive, c'est « une règle que le pouvoir s'impose à lui-même ». Nous ne pouvons rappeler ici toutes les démarches par lesquelles la pensée de l'auteur va de l'opposition, standard-règle de droit, à l'opposition police juridique-fond du droit, ou mieux, moyens d'administration du droit-règle de droit. Il est bien évident que dans cette théorie ce qui correspond pour le contentieux à l'élément police juridique, c'est l'excès de pouvoir proprement dit, distinct de l'illégalité. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas exclusivement la sanction des règles de fond ou de la légalité. « En créant des directives nouvelles, que la forme

---

(6) Les remarques qui mettent en relief l'opposition entre la conception du standard, par le Doyen HAURIOU, et la conception classique, notamment anglo-saxonne, sont empruntées au Cours de Doctorat de Droit comparé professé par M. Maury à la Faculté de Droit de Toulouse, en 1930-1931.

(7) Cf. par exemple : Doyen POND, The administrative application of légal stantdards XLIV, *American Bav. Ass. Reports*, pp. 445-464. (Distinction entre la *règle*, la *conception*, le *principe* et le *standard*.) (Résumé dans LAMBERT, *Le gouvernement des juges*.)

O. STATI, *Le standard juridique*.

Al. SANHOURY, *op. cit.*

juridictionnelle consolide en règles de jurisprudence, ce recours fait pénétrer du droit dans des régions où primitivement la puissance publique s'ébattait en liberté. »

D'ailleurs, il n'est pas besoin de soulever le très intéressant problème de l'opposition conçue par le Doyen Hauriou entre la police juridique et le fond du droit pour saisir la position de l'auteur en ce qui concerne la nature de l'excès de pouvoir. Tout au plus, voulions-nous marquer une liaison entre deux théories, liaison qui existe, semble-t-il, dans la pensée de l'éminent doyen. Ramenée à sa formule la plus simple, la conception de ce dernier se résume ainsi : le recours pour excès de pouvoir est plus qu'un simple recours pour illégalité. Il dépasse cette notion d'illégalité, puisqu'il sanctionne des directives et des maximes nées au sein même de l'Administration, et qui sont le fruit d'un travail d'auto-limitation.

Comment donc, dans une semblable théorie, se présente la jurisprudence de l'erreur de fait, et partant celle de la cause?

Le principe duquel part le Doyen Hauriou, en la matière, est le suivant : il y a irréductibilité de l'erreur de fait à l'erreur de droit. Ce sont des catégories essentiellement distinctes l'une de l'autre. C'est évident, semble-t-il dans une simple conception logique de l'erreur de fait et de l'erreur de droit. Mais à cet argument de l'évidence, le Doyen Hauriou ajoute une démonstration tirée de considérations rappelées plus haut. Ce que la cassation, fondée sur le principe de l'illégalité, combat dans les jugements, c'est moins, avons-nous vu, une solution d'espèce incorrecte qu'une source possible du droit qui risquerait d'échapper à l'hégémonie de la loi. Or, la cassation « échoue contre les jugements rédigés en fait, dans lesquels on ne découvre aucun question de droit. » Pourquoi ? Parce que le juge (ou l'administrateur) « a faussement interprété des faits, mais ce n'est pas la même chose

que d'avoir faussement interprété la loi parce que cela ne vicie pas le système juridique. » Et s'il est permis de paraphraser des idées aussi claires, on ajoutera que c'est parce que l'erreur de fait n'a pas un caractère normatif, n'est pas apte à se généraliser, qu'elle échappe à la censure fondée sur l'illégalité. D'ailleurs, ces vues que l'on trouve exprimées dans la note sous l'arrêt Gomel sont expliquées précisément à la lueur de cet arrêt. Et ce que le Doyen Hauriou s'attache à démontrer ici, c'est que c'est bien une erreur de fait que le Conseil d'Etat a sanctionnée dans cette espèce. Il prévoit l'argument qui peut être mis en avant pour soutenir que le Conseil d'Etat a, en réalité, sanctionné une erreur de droit, argument dont nous avons usé plus haut, et à la force duquel nous nous sentons tenté de nous rallier. Il ne peut pas s'agir, selon l'éminent auteur, d'une question « d'interprétation de la loi », c'est-à-dire d'une question de qualification. Pourquoi ? Parce que le juge n'a pas à donner une définition légale de la perspective monumentale. « Il se borne à décider, comme aurait pu le faire un arbitre artistique, que la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale. Et cela, c'est une affirmation de fait, l'affirmation de gens qui connaissent la place Beauvau et qui ne la trouvent pas monumentale, et qui, s'ils ne connaissaient pas par eux-mêmes la place Beauvau se prononceraient sur un rapport d'experts. »

Au surplus, la question de savoir si dans l'arrêt Gomel le Conseil d'Etat tranchait une question de pur fait n'est qu'un problème de détail. L'essentiel, c'est que, dans cet arrêt ou dans d'autres, la Haute Assemblée se soit reconnue juge du fait; l'explication du Doyen Hauriou vaut pour toutes les autres hypothèses. Ceci étant dit, étant constatée l'irréductibilité de l'erreur de fait à l'erreur de droit, comment expliquer que le Conseil d'Etat ait pu annuler, pour *violation de la loi,* des décisions viciées par des erreurs de

fait ? A cette question, une seule réponse : c'est que précisément l'annulation ait été prononcée par une autre ouverture que la violation de la loi. Sans doute, celle-ci peut-elle demeurer l'explication, en quelque sorte « officielle », des décisions jurisprudentielles, mais pour le Doyen Hauriou, l'erreur de fait, loin de se rattacher à l'ouverture de la violation de la loi, constitue une ouverture autonome — la cinquième — du recours pour excès de pouvoir.

Il faut bien comprendre la portée de la solution ainsi émise et ne pas y voir une manière commode de tourner la difficulté. Parfois le juriste, embarrassé pour classer dans une catégorie reconnue, un phénomène juridique nouveau, déclare qu'il est *sui generis* et résout ainsi le problème d'une manière peut-être exacte, mais décevante. Ici, rien de semblable : si on ne peut rattacher l'erreur de fait à aucune des ouvertures du recours, si on doit constater son caractère autonome, du moins se rattache-t-elle, comme ouverture nouvelle, au principe général de l'excès de pouvoir. tel que le conçoit le Doyen Hauriou. Car telle est précisément la valeur compréhensive de cette notion de l'excès de pouvoir, distincte de l'illégalité, qu'elle peut embrasser l'erreur de fait. Par quel biais? D'une manière fort simple : par l'idée que l'excès de pouvoir peut consister dans la violation de règles non écrites, mais qui s'imposent comme maximes professionnelles à l'administrateur. Et très justement, le Doyen Hauriou rapproche l'erreur de fait involontaire de l'erreur de fait que l'on peut appeler volontaire et qui constitue le détournement de pouvoir. « Il y a excès de pouvoir de la part de l'Administration à apprécier des faits sous l'empire de la passion politique, ce qui est un cas de détournement de pouvoir; il y a aussi excès de pouvoir de sa part à apprécier faussement des faits par suite d'une erreur de fait, car l'usage du pouvoir administratif comporte un minimum de conscience et de diligence professionnelle. » L'erreur de fait qui ne se conçoit pas,

comme illégalité, se conçoit parfaitement comme excès de pouvoir. La présenter comme une cinquième ouverture, ce n'est donc pas répondre à la question par la question, c'est, au contraire, expliquer la jurisprudence par les principes juridiques. L'admission de cette ouverture nouvelle est une « nouvelle poussée du principe autonome de l'excès de pouvoir de l'Administration, qui n'est pas du tout le principe de la légalité. »

Il n'est pas besoin de signaler la force et la cohérence de l'ensemble du système. Le principe de légalité est le principe de la subordination *des sources du droit à la loi;* l'excès de pouvoir correspond à la subordination de l'action administrative à des maximes professionnelles ou à des directives dégagées au sein de l'institution administrative. L'erreur de fait ne peut se ramener à l'erreur de droit, c'est-à-dire à l'ouverture de la violation de la loi; elle constitue une ouverture autonome qui se rattache à la notion de l'excès de pouvoir.

De sorte que, dans l'ouverture du recours pour excès de pouvoir on aurait en gros deux séries d'ouvertures, groupées chacune sous une rubrique générale.

Groupe de l'illégalité : incompétence *ratione personæ,* vice de formes, violation de la loi.

Groupe de l'excès de pouvoir proprement dit : incompétence *ratione materiæ,* détournement de pouvoir, erreur du fait.

Naturellement, ceci comporterait bien des nuances, et si le Doyen Hauriou avait tracé ce tableau, qui semble résumer sa pensée (au moins en 1917), il n'aurait pas manqué d'indiquer que certaines incompétences *ratione materiæ,* par exemple, se ramènent indubitablement à la violation de la loi, et que certains vices de forme se rattachent, bien plus qu'à cette ouverture, à la notion générale de l'excès de pouvoir. Quoi qu'il en soit, on voit que l'explication

de l'erreur de fait était parfaitement cohérente et acceptable (8).

Section II

La théorie de la cause catégorique.

C'est dans une note sous l'arrêt Lefranc (9), parue en 1926, que le Doyen Hauriou a été amené à exposer pour la première fois la théorie de la cause catégorique, que la jurisprudence du Conseil d'Etat lui avait inspirée, et qu'il devait développer et compléter dans une note postérieure sous l'arrêt Mariani et dans le *Précis de droit administratif* (10). L'arrêt Lefranc était la troisième décision qui, depuis l'arrêt Trépont, faisait mention de la cause juridique des actes administratifs, et il devenait probable que la Haute Assemblée n'avait pas employé cette notion dans un mouvement irréfléchi, mais avec l'intention de persévérer.

Le savant doyen note tout de suite l'aspect double de l'innovation apportée par ce vocabulaire : « d'une part, il a dissipé les obscurités qui s'amoncelaient dans sa jurisprudence sur la fausse application de la loi par fausse allégation des faits, et, d'autre part, il a exprimé une idée doctrinale d'une grande justesse et d'une grande importance pour l'intelligence de la difficile théorie de la cause. »

Ainsi, tout de suite, les deux faces de la nouvelle jurisprudence apparaissent : elle apporte un procédé nouveau dans la technique contentieuse; elle se réfère à une théorie juridique d'ordre général.

Du premier point de vue, la notion de cause est exactement définie par l'auteur comme naturellement

---

(8) Cf. sur la question de l'erreur du fait un arrêt ancien. C. E., 30 novembre 1906. Denis et Rage Roblot. Note Hauriou, *S.*, 07. 3. 17, et *J. A.*, II, p. 628.

(9) C. E., 22 janvier 1926. Lefranc. *S.*, 26. 3. 25, et *J. A.*, II, p. 380.

(10) C. E., 27 mars 1925. Mariani. *S.*, 27. 3. 57, et *J. A.*, II, p. 388. *Précis*, p. 451.

« jaillie » du mouvement jurisprudentiel. C'est la formule de la *base légale* qui a servi de stade intermédiaire entre les premières espèces d'annulation pour illégalité résultant de l'erreur de fait et la formule de la cause. Or, cette explication par la cause a un avantage — et immense — c'est que, désormais, on comprend comment le recours pour excès de pouvoir peut réprimer l'erreur de fait. « Il y a violation de la loi, non plus directement, à raison de l'inexactitude matérielle du fait, mais indirectement parce que ce fait était la cause juridique de l'acte, que cette cause juridique est inexistante, et que la loi exige, pour la validité de tous les actes, une cause juridique existante. » (11)

Ainsi la formule de la cause donne satisfaction aux exigences logiques qui ne pouvaient laisser admettre que l'erreur de fait fut une erreur de droit, et dès lors enlève à l'erreur de fait ainsi intégrée à la violation de la loi son caractère de cinquième ouverture. Dès lors qu'existe une technique qui explique le lien légal unissant l'acte aux faits, l'erreur de fait n'était plus un vice autonome de l'acte et pouvait se rattacher à l'illégalité.

Il y avait eu évolution jurisprudentielle, mais n'y avait-il pas eu — notamment depuis la note sous l'arrêt Gomel — évolution de la pensée du savant doyen? L'arrêt Gomel donnait de la transfomation de l'erreur de fait en erreur de droit une explication qui, pour n'être pas celle de la cause, ne se fondait pas moins sur un lien légal existant entre le fait et le droit : le texte de la loi de 1911. Sans doute, l'explication par la cause était-elle plus large, plus compréhensive, mais fondée sur la même idée : que lorsque des faits sont la condition de la légalité de l'acte, le contrôle de la légalité entraîne la répression de l'erreur de fait. On peut se demander si dans le temps

(11) « Par cette transfiguration, l'erreur de fait a été transformée en question de droit. » (Note précitée sous l'arrêt Mariani.)

qui sépare la note sous l'arrêt Gomel de la note sous l'arrêt Lefranc, le Doyen Hauriou ne s'était pas rendu compte que l'opposition logique entre l'erreur de fait et l'erreur de droit ne correspond pas à une opposition « pratique », que la mise en œuvre de la distinction du fait et du droit comporte une marge de libre appréciation qui permet l'assimilation de certaines erreurs de fait à des erreurs de droit.

Il est cependant certain que, cette question mise à part, l'explication fondée sur la cause était bien plus satisfaisante puisqu'elle constituait à la fois une explication générale valable pour tous les cas d'erreur de fait et qu'elle pénétrait là même où l'explication basée sur le caractère « légal » des faits ne pénétrait pas, c'est-à-dire qu'elle s'étendait aux hypothèses où l'erreur de fait viciait l'acte, même si aucun texte n'imposait à ce dernier des conditions de fait.

On saisit ici sur le vif l'admirable souplesse de la démarche intellectuelle du Doyen Hauriou. Après avoir formulé la théorie de la cinquième ouverture, il se rallie à l'explication que l'erreur de fait peut constituer une violation de la loi. Mais ce n'est que lorsque la jurisprudence rend compte de façon satisfaisante de cette assimilation qu'il l'admet.

Que demeure-t-il donc de la théorie de l'erreur de fait, cinquième ouverture. On en a déjà traité plus haut. Pour croire qu'elle est totalement inexacte, il faudrait oublier que la vérité de certaines explications juridiques n'est pas absolue, mais relative. Elle a été vraie tant que la jurisprudence n'a pas précisé sa position à l'égard du procédé par lequel elle ramenait l'erreur de fait à la violation de la loi. Elle est restée vraie comme une explication interne de l'évolution jurisprudentielle, en ce qu'elle rend compte de la tendance naturelle qu'avait le recours pour excès de pouvoir à s'annexer le contrôle du fait et à ne pas se laisser arrêter par la règle des ouvertures. Mais, en fait, le Conseil d'Etat, après de longs tâtonnements, a trouvé l'explication juridique par laquelle

s'est extériorisée cette évolution, et cette explication a été trouvée sur le plan des grands principes juridiques. En même temps qu'elle expliquait le contentieux, la notion de cause posait un problème théorique du plus haut intérêt.

Sur ce problème théorique, le Doyen Hauriou s'explique avec toute la netteté possible. Le contenu de la cause, il le puise directement dans les données jurisprudentielles. « La cause juridique d'un acte administratif est le fait déterminant qui classe cet acte dans une catégorie légale. Ainsi le congé sur demande des fonctionnaires constitue une catégorie légale des congés qui n'est pas la même que celle du congé pour maladie; ainsi encore le licenciement de fonctionnaire par suppression d'emploi constitue une catégorie légale qu'il ne faut pas confondre avec la révocation. Dans la catégorie du congé sur demande, la demande est *le fait déterminant*, elle détermine à la fois la catégorie et la cause du congé; dans la catégorie du licenciement par suppression d'emploi, la suppression d'emploi est le fait déterminant, elle détermine à la fois la catégorie et la cause juridique du licenciement. »

Cette définition de la cause est en somme double : d'une part, la cause est constituée par un fait; d'autre part, elle a pour effet de lier l'acte à une catégorie juridique. Deux idées profondément originales et qui se développent dans le cours de la note et dans les œuvres postérieures.

Hauriou insiste sur l'idée qu'il s'agit d'une cause objective; la cause est un fait et non un motif subjectif. La conséquence de cette idée, c'est que le vice de la cause ressortit aux éléments objectifs de l'acte et, par suite, à la violation de la loi, tandis que le vice des motifs subjectifs aboutit au détournement de pouvoir.

Quant aux catégories, Hauriou signale leur importance extrême dans la vie juridique. Elles sont « un

moyen d'établir de l'ordre dans les matières juridiques. Leur liaison au fait déterminant aboutit à ce résultat, que la cause juridique est toujours la même pour les actes d'une même catégorie. »

Il est vrai que l'on peut se demander de quelle nature est le lien établi par l'éminent doyen entre ces trois termes : fait déterminant, cause juridique, catégorie. Leur liaison est étroite, certes, mais par moment il semble que la cause juridique soit pour Hauriou tout autant dans l'appartenance de l'acte juridique à une catégorie que dans le fait déterminant. A vrai dire, il y a une nuance tout au plus entre les deux explications puisque la catégorie est elle-même liée de façon intime au fait déterminant ; elle en est, somme toute, un aspect juridique. Sans attacher plus d'importance qu'il ne convient à cette question, il semble cependant qu'il faille voir dans le fait déterminant lui-même la cause de l'acte. Dans la note sous l'arrêt Mariani, Hauriou assimile la cause au « fait déterminant prévu par la loi ou les règlements. » Enfin, la douzième édition du *Précis* comporte cette définition de la cause : « La cause juridique d'un acte, c'est l'élément de fait qui détermine la catégorie de la situation qui appelle l'accomplissement de l'acte. » Ainsi la cause, c'est bien le fait; mais tout de suite, il faut ajouter que le lien de causalité entre ce fait et l'acte se manifeste par la détermination de la catégorie à laquelle devra appartenir ce dernier.

Il reste à appeler l'attention sur deux points spéciaux : les rapports de la théorie de la cause avec celle des motifs ou du but, et les rapports de la théorie administrative ainsi esquissée avec la théorie civiliste.

Hauriou oppose nettement la cause *objective* ou *catégorique* au motif subjectif. Cette opposition se manifeste en ce que l'une conduit au contentieux de la violation de la loi et l'autre à celui du détournement de pouvoir. Le véritable cas du détournement

de pouvoir, ce serait précisément celui où la cause de l'acte existe réellement, mais est viciée par une arrière-pensée non conforme au bien du service. D'ailleurs, il y aurait lieu de reviser la « liste des hypothèses de détournement de pouvoir », car beaucoup s'expliqueraient par l'inexistence de la cause. Et Hauriou cite divers arrêts en matière d'alignement; notons en passant que l'on pourrait leur adjoindre bien d'autres espèces, notamment celle où une mesure de police n'ayant pour base aucune menace à l'ordre public, est sanctionnée parfois par le détournement de pouvoir, alors qu'il y a une violation de la loi par absence de fait déterminant. On voit que si l'auteur abandonne l'idée de l'erreur de fait cinquième ouverture, il maintient l'opposition entre l'aspect de légalité de l'excès de pouvoir (violation de la loi) et son aspect de moralité (détournement de pouvoir). Ce sont deux pôles d'attraction « opposés », suivant une formule que nous rappellerons plus loin (12).

Non moins intéressantes sont les vues par lesquelles le Doyen Hauriou explique la différence qui sépare la notion de cause du droit administratif de celle du droit privé. Il indique la source de cette différence : l'existence en droit privé du principe d'autonomie de la volonté qu'ignore le droit public. Ce principe a « submergé » et la notion objective de la cause et l'idée de catégories. Et cela encore est profondément juste, comme on aura l'occasion de le voir plus loin, et correspond à l'évolution juridique où l'on voit la notion de cause objective s'effacer au fur et à mesure de l'envahissement du principe d'autonomie. La théorie de la cause se confond actuellement, en droit privé, avec la théorie des motifs, toute subjective, ce qui explique sa dissymétrie par rapport à la

(12) « Le champ d'action du détournement de pouvoir est la région subjective des motifs déterminants de l'acte administratif examinés dans chaque cas particulier. » (*Précis*, p. 443.)

notion objective « redécouverte par le Conseil d'Etat ».

S'ensuit-il que ce subjectivisme soit fatal ? Hauriou ne le croit pas et pense que plus le droit se pénètrera de « fonctionnalisme », plus on se rendra compte que les conventions doivent « créer de l'ordre dans le commerce juridique », parallèlement on ira toujours davantage vers un retour des catégories, et partant de la cause juridique. Le droit administratif est en avance en la matière sur le droit civil, à raison de ses besoins particuliers d'ordre et de compétence.

Telles sont les grandes lignes de la théorie dessinée par le Doyen Hauriou. Nous nous sommes contenté de la remettre dans son cadre et d'en montrer les aspects essentiels. Mais il était inutile de fouiller davantage une matière aussi riche, puisque ce livre s'en inspire très largement et que nous aurons à revenir sur ces idées et à les commenter à plus d'une reprise.

Le seul point sur lequel nous voudrions maintenant faire une brève remarque est relatif à l'évolution du droit privé dans un sens objectif. Faut-il croire que la « fonctionnalisation » des pouvoirs du droit privé conduit vers un droit catégorique et objectif ? On pourrait répondre que non : les plus puissantes barrières opposées à l'autonomie de la volonté et les progrès les plus sérieux faits vers la fonctionnalisation des droits privés l'ont été par la théorie toute subjective de l'abus des droits. Ceci s'explique si l'on considère que, hors de l'avènement d'un régime collectiviste, ou mieux, « totalitaire », les fins sociales des divers pouvoirs ne seront jamais définies assez objectivement pour aboutir à une catégorisation analogue à celle qui résulte, en droit administratif, du caractère objectif des fins à poursuivre : intérêt du service, intérêt public, etc. Tant qu'une certaine liberté demeurera au profit du sujet de droit, même socialement limitée, c'est dans le for intérieur des individus qu'il faudra chercher le critère de la valeur

des actes qui, pour l'agent public, est extérieur et objectif.

Mais, cette réserve faite, il reste de la doctrine d'Hauriou trois grandes directives que vérifiera la suite de cette étude :

La cause du droit administratif est un élément objectif;

La cause du droit administratif est en liaison avec le principe des catégories;

La cause du droit administratif a des racines communes avec celle du droit privé, mais en est séparée par toute la différence existant entre le système de droit public et le système civil de l'autonomie de la volonté.

CHAPITRE II

Les adversaires de la notion de cause dans la doctrine française.

SECTION I

Le but et le motif impulsif dans la théorie de Duguit.

Duguit est un des auteurs de droit public qui ont apporté le plus d'attention à la notion de cause et à son emploi par la jurisprudence administrative (1). C'est de lui que sont venues les critiques les plus pertinentes, sinon les plus convaincantes, contre l'utilisation de la cause en droit administratif.

Dans cette discussion juridique, où Duguit nie à la fois l'existence et l'utilité de la cause telle que l'entend le Doyen Hauriou, et limite la portée des solutions jurisprudentielles à l'emploi d'un vocabulaire nouveau, le savant auteur obéit à une tendance essentielle de son esprit. Sans professer le moins du monde une philosophie cartésienne, le Doyen Duguit possède un tour d'esprit cartésien : pour lui, l'évidence est le signe essentiel de la vérité; et en contre-partie, l'erreur se signale par les discussions qu'elle fait naître, par l'incertitude dont elle s'accompagne. Cette attitude est une garantie certaine de clarté; mais pour qu'elle fût aussi une garantie absolue de vérité, il faudrait que l'évidence ne fût pas un état de con-

(1) C'est dans leur dernière forme que nous prendrons les idées de DUGUIT sur l'acte juridique et sur la cause. Autrement dit, il faut se référer à la 3e édition du *Droit constitutionnel*, t. Ier, pp. 316 et suiv., et t. II, pp. 365 et suiv.

science personnel à chaque individu; il faudrait aussi qu'il n'y eût pas de fausse évidence. Or, l'évidence objective, perceptible par tous, qui indique la vérité, n'existe pas, même, semble-t-il, en géométrie, si l'on en juge par le fait qu'il y a des discussions entre géomètres; pense-t-on qu'elle existe en droit ? Une notion discutée peut être obscurcie, sans être obscure par nature : est-il besoin de rappeler la découverte de la circulation du sang? Il est bien certain que la notion de cause pose un problème difficile. Une partie de la doctrine civiliste a accueilli avec faveur les tentatives faites pour démontrer son inexistence, et son inutilité, et les tenants de cette thèse espéraient que leur entreprise contribuerait sensiblement à clarifier la théorie des obligations. On conçoit que le Doyen Duguit ait été à la tête de la réaction des publicistes contre le dangereux concept que la jurisprudence venait d'introduire dans une branche du droit, où les discussions sur la notion de cause n'avaient guère, jusqu'ici, exercé leurs ravages. Néanmoins, il n'était guère dans son habitude de rejeter une notion sans essayer d'en démontrer la fausseté. Il pense qu'elle est fausse et nuisible parce qu'elle est obscure, mais il ne croit pas que cela le dispense d'en faire la critique du point de vue logique. Cette critique s'inspire de la conception de l'acte juridique qu'a le Doyen Duguit, et elle s'y intègre. Nous allons donc voir d'abord comment l'auteur conçoit l'acte juridique en général, et nous verrons ensuite la critique qu'il donne de la notion de cause en droit administratif.

Sous-Section I

La théorie générale de l'acte juridique.

Dans son étude sur l'acte juridique, Duguit a le mérite — dangereux à vrai dire — de reprendre le problème à sa base et de faire appel à une étude sur l'acte de volonté en général, envisagé du point de vue purement psychologique. Mérite dangereux, disons-nous, car ce faisant, Duguit lie peut-être de

façon trop étroite le succès de ses conclusions juridiques à la valeur de ses prémisses psychologiques. Ces dernières, bien que Duguit connaisse les psychologues contemporains — il cite William James et Ribot — sont conçues de façon extrêmement classique. La reconnaissance des trois éléments distincts (volitif, affectif, intellectuel) y est implicitement proclamée, et Duguit admet qu'il existe des états de conscience distincts, chacun formant un tout, et que l'on peut combiner ou opposer sur l'échiquier psychologique, comme autant de pièces différentes. Il est dans la pure tradition classique, on peut même dire cousinienne, lorsqu'il parle des « idées qui se contredisent », des « représentations qui s'opposent », et qu'il distingue des phases nettement distinctes : conception, délibération ,etc., dans l'acte de volonté. Il s'ensuit que cette conception, et ce n'est pas un des moins graves reproches que l'on puisse lui faire, est en dehors de tout l'effort bergsonien, qui est bien autre chose qu'une suite « de poétiques sonorités » quoi qu'en pense Duguit. En faisant une critique très aiguë des idées fondamentales de la psychologie classique, qui repose essentiellement sur la considération d'état de conscience comme unités distinctes, extérieures les unes aux autres, Bergson a peut-être posé un problème nouveau pour le juriste, au moins pour le juriste qui veut, comme Duguit, partir de la psychologie pour formuler une théorie de l'acte juridique.

Ces réserves faites, quelle est la conception qu'a Duguit de l'acte de volonté ?

Duguit ne donne pas de définition extrêmement précise de l'acte de volonté. Avec Maudsley, il l'assimile à « une activité idéo-motrice », « une impulsion par les idées ». A ses yeux, ce qui est, en effet, caractéristique de l'acte volontaire, c'est qu'il est prévu et précède sa propre représentation. « C'est la représentation même de l'acte, l'idée qu'on en a, qui en détermine la production. » Par ce trait, il se dis-

tingue de l'acte réflexe, qui est provoqué par une excitation consciente ou inconsciente, mais distincte de sa propre représentation.

Il suit de là que le premier élément, et l'élément essentiel de l'acte volontaire, est la conception, c'est-à-dire la phase au cours de laquelle le sujet conçoit le ou les actes qu'il a à accomplir. Mais cette conception elle-même ne naît pas de façon spontanée : elle est précédée d'éléments qui n'entrent pas, à vrai dire, dans la sphère de l'acte de volonté, mais qui l'occasionnent. Ce sont les motifs impulsifs, éléments qui nous intéressent spécialement, car ils jouent un rôle important dans la discussion que Duguit entreprend plus loin de la notion de cause.

Essayons de bien déterminer à quoi correspondent ces motifs impulsifs. Ce sont les faits externes qui suggèrent au sujet « l'idée qu'il a la possibilité de vouloir et de réaliser une certaine chose. » Ils sont donc antérieurs à l'acte de volonté, mais ils lui sont aussi extérieurs, puisqu'ils ne constituent pas la conception de l'acte volontaire, mais l'occasion de cette conception. Eclairons par un exemple cette pensée de Duguit. La vue d'un incendie me fait penser à contracter une assurance; le récit d'un ami me détermine à entreprendre un voyage. L'incendie, le récit, voilà les motifs impulsifs des actes de volonté qui vont suivre. Il est évident, au sens de Duguit, qu'ils restent néanmoins absolument extérieurs à ces derniers. D'ailleurs, il est impossible de prévoir la réaction du sujet au motif impulsif. La liaison du motif impulsif à la conception de l'acte volontaire dépend d'une foule de facteurs variables, au premier rang desquels il faut mettre la personnalité et le caractère du sujet et les fantaisies de l'association des idées. Ce qu'il faut retenir essentiellement de l'idée de Duguit, c'est que ces motifs impulsifs ne font pas partie de l'acte de volonté; ils n'en sont que l'occasion. L'auteur répète cette idée très souvent et avec beaucoup de force; c'est qu'elle a une importance capitale pour

sa théorie de l'acte juridique. En effet, si les motifs impulsifs ne s'intègrent pas à l'acte volontaire, ils ne peuvent avoir aucune conséquence sur la valeur qu'il peut revêtir et spécialement sur sa valeur juridique. Il importera peu pour la validité des conventions intervenues, que mon assurance ait été contractée, parce que j'ai assisté à un incendie, ou que j'aie entrepris un voyage sur la foi d'un récit. Retenons ce principe qui est essentiel pour Duguit : les motifs impulsifs sont en dehors de l'acte de volonté et sans influence sur sa valeur.

Néanmoins, ils provoquent la conception de l'acte volontaire, conception qui est, comme on l'a vu plus haut, le premier élément de cet acte. Cette conception peut être simple ou complexe, porter sur un ou plusieurs actes, porter sur une durée plus ou moins longue. Ce qui la caractérise essentielement, c'est qu'elle est la représentation d'actes à faire (ou à ne pas faire). Elle s'accompagne du sentiment que le sujet peut choisir entre plusieurs partis, qu'il a la liberté de faire ou ne pas faire l'acte conçu. Et ici le Doyen Duguit proteste évidemment qu'il pense à une liberté psychologique et non pas métaphysique. Il reprend la vieille distinction entre le sentiment de la liberté et la réalité de la liberté. Ici encore, Bergson reste ignoré.

Deuxième élément de l'acte : la délibération. Qu'est-ce que la délibération ? C'est la phase de l'acte pendant laquelle la conscience du sujet juge l'acte à accomplir. Il peut se faire, en effet, que la représentation de l'acte soit contrariée dans la conscience du sujet par d'autres idées, par d'autres représentations. Le sujet a alors à porter un jugement sur le point de savoir s'il y a lieu à accomplir l'acte. Et Duguit cite Malapert : « Vouloir, en effet, c'est agir en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant non seulement ce que l'on fait, mais pourquoi on le fait. Cette délibération n'est pas la simple contemplation d'un défilé d'images : elle exige une intervention de l'attention

qui envisage successivement les deux aspects de chaque solution possible. »

Cette phase de la délibération est aussi importante au point de vue juridique qu'au point de vue psychologique. C'est en elle, en effet, qu'apparaissent l'objet et le but, éléments essentiels de la théorie de l'auteur.

Qu'est-ce que l'objet de l'acte volontaire ? Ici l'analyse de Duguit est particulièrement serrée. Quels sont les effets de notre faculté de volition ? Ils ne peuvent jamais être autre chose, si on laisse de côté les effets purement psychologiques, dit l'auteur, que des mouvements de nos organes exerçant une action sur le monde extérieur, cette dernière étant la conséquence des précédents. L'objet de l'acte de volonté, c'est donc essentiellement ces mouvements et les modifications du monde extérieur qui en résultent. D'où il suit que l'objet se dédouble en objet immédiat et objet médiat. L'objet immédiat, c'est l'effet produit par la volonté sur les organes; l'objet médiat, c'est la modification extérieure qui s'en est suivie, d'ordre physique ou juridique. Duguit insiste très longuement sur cette distinction qui tient à ce que notre volonté n'exerce d'effets directs que sur nos organes.

Avec la considération du but, nous entrons dans les parties les plus délicates de l'exposé de l'auteur. Le but, c'est le pourquoi du choix que fait le sujet. Il faut le distinguer d'une part des mobiles, d'autre part de l'objet médiat. Les mobiles sont l'ensemble des états de conscience affectifs ou intellectuels qui influencent la décision. Le but s'en distingue, en ce qu'il est « intrinsèquement lié à l'action. » « Il constitue le *résultat* final à atteindre. » Cette idée, bien qu'offrant assez de difficultés dans son application pratique, serait assez simple, si par ailleurs Duguit n'insistait très vivement sur la distinction du but déterminant et de l'objet.

De quelle nature est cette dernière distinction ? On sent que l'auteur est assez embarrassé pour la proposer

parce qu'elle est ténue. Le critérium qu'il en donne est, semble-t-il, le suivant : l'objet immédiat reste essentiellement un mouvement des organes; il est donc hors de cause. L'objet médiat, au contraire, consiste dans un changement apporté dans le monde extérieur, et c'est alors que se place la difficulté : ce changement peut être d'ordre purement matériel, mais aussi économique ou juridique. Comment en distinguer le but déterminant, si celui-ci est défini comme le résultat à atteindre ? Ce résultat n'est-il pas l'objet médiat ? Non, répond Duguit, car la caractéristique du but déterminant est d'être d'une essence purement psychologique. Ici, il faut citer l'auteur de peur de ne pas reproduire exactement les nuances de sa pensée : (Le but déterminant) « c'est cette représentation dans l'esprit du sujet qu'en réalisant l'objet immédiat de son vouloir il assurera la naissance d'une certaine situation où la réalisation d'un autre vouloir sera assurée ou facilitée, d'un autre vouloir qui s'est produit ou qui se produira chez lui ou chez un autre sujet. » Ecrivant ceci, Duguit pense instituer une séparation radicale entre le but et l'objet. Remarquons que Duguit laisse volontairement dans l'ombre le cas où l'acte volontaire agit, non sur les choses, mais sur l'esprit lui-même comme par exemple dans un effort d'attention. En ce cas, son critérium de distinction entre l'objet et le but serait sans grande valeur, puisque l'un et l'autre ne pourraient être que d'ordre psychologique. Mais c'est Duguit lui-même qui, dès le début de son étude a averti qu'il ne tiendrait pas compte de « l'activité intérieure » et on ne saurait lui en faire un grief, puisque l'acte juridique ne peut pas être un pur acte d'activité intérieure : il doit s'extérioriser. Or, l'auteur a le droit de laisser hors de son étude de préparation tout ce qui n'intéresse pas le but en vue duquel elle est faite : la connnaissance de l'acte juridique. On peut toutefois noter au passage que cette distinction de l'objet et du but a une portée bien moins vaste, du fait qu'elle est conçue pour le

seul acte de volonté aboutissant à une manifestation d'activité corporelle (2).

Eclairons par les exemples même que donne Duguit cette distinction de l'objet et du but.

« Un individu veut tuer pour voler. Donner le coup est l'objet immédiat de son intention; la mort de la victime en est l'objet médiat; la possibilité du vol est le but. Le vol est le but déterminant de l'acte volontaire du meurtre, parce que s'est formée dans l'esprit de l'agent cette représentation que le vol serait facilement réalisable si le meurtre était commis. » On comprend mieux par cet exemple la pensée du savant doyen : le but est un élément qui est intermédiaire, semble-t-il, entre les mobiles et l'objet. Comme les mobiles, il constitue une considération d'ordre psychologique, mais comme l'objet, il est un élément essentiel de l'acte, tandis que les mobiles n'en font pas partie intégrante.

Enfin, la délibération aboutit à la décision. Passons sur ce que, après W. James, Duguit dit du « fiat » volontaire. Le dernier point qui nous intéresse, c'est ce que l'auteur dit de l'exécution, dernière phase de l'acte volontaire. Celle-ci consiste dans un mouvement corporel du sujet, qui, en tant que « moteur primaire » produit une certaine quantité d'énergie. Que réalise par l'exécution le sujet ? L'objet immédiat d'abord. Voulant tuer, je frappe. L'objet médiat n'est plus déjà inclus dans la phase de l'exécution; il se réalise extérieurement au sujet par l'application au sujet (ou plutôt dirions-nous à son nouvel état organique) « d'une loi extérieure, loi naturelle, d'ordre

(2)) La défiance que DUGUIT manifeste à l'égard des idées de M. BERGSON est incompréhensible. Elle s'expliquerait de la part d'un juriste qui croirait ne rien avoir à apprendre de la philosophie. Mais ce n'est pas le cas de DUGUIT, dont la méthode scientifique est tout entière inspirée du positivisme; surtout il est curieux que, se fondant sur la psychologie pour construire la théorie de l'acte juridique, DUGUIT n'ait pas voulu voir que la psychologie bergsonienne jetait bas la base de son édifice. Elle valait donc d'être au moins réfutée.

physique, physiologique, économique moral, juridique. » Ayant frappé une victime, celle-ci meurt par l'application à mon geste de lois physiques et physiologiques. Et Duguit insiste longuement sur le fait que ma volonté n'est pas réellement la cause de l'objet médiat, puisque celui-ci se réalise par l'application de lois naturelles à l'objet immédiat. Enfin, à ce moment-là si l'objet médiat s'est réalisé entièrerement, le but déterminant du sujet est atteint, puisqu'il a la possibilité de réaliser un autre vouloir antérieur ou futur. La victime étant morte je puis réaliser mon désir de voler.

Telle est la conception qu'a Duguit de l'acte de volonté en général. Essayons de la résumer.

1° La *conception* de l'acte volontaire est provoquée par les *mobiles impulsifs*, éléments *extérieurs* et *antécédents* à l'acte, *sans influence sur sa valeur;*

2° La délibération est la seconde phase de l'acte de volonté. Elle comporte une réflexion sur l'objet et sur le but.

L'*objet immédiat* de l'acte est un mouvement des organes du sujet.

L'*objet médiat* est la modification produite par ce mouvement extérieur par sa combinaison avec une norme physique, morale, juridique, etc.

Le *but* est la représentation que la réalisation de l'objet médiat permettra la réalisation d'un vouloir du sujet ou d'un tiers;

3° La décision est la troisième phase de l'acte de volonté;

4° L'exécution en est la quatrième phase: elle est un mouvement organique du sujet, auquel s'applique une loi du monde extérieur (physique ou juridique), grâce à laquelle l'objet médiat sera atteint;

5° Il résulte de ceci que seuls le *but* et l'*objet* ont une valeur juridique, parce que seuls ils font partie de l'acte de volonté proprement dit. Les mobiles,

faits extérieurs et *antécédents* à l'acte sont sans influence sur sa validité, parce que en dehors de l'acte de volonté.

Des principes psychologiques ainsi dégagés, Duguit va faire l'application à l'acte juridique. Rappelons la distinction qu'il établit entre le fait juridique et l'acte juridique, ce dernier étant défini comme « un acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné. » Ce qui est caractéristique dans l'acte juridique par opposition au fait juridique, c'est qu'il est accompli avec l'intention d'apporter une modification à l'ordre juridique : un délit n'est pas un acte juridique, parce que, sauf les hypothèses d'école, il n'est pas accompli avec la volonté qu'il produise des effets de droit.

Ceci posé, rappelons la fameuse distinction entre les actes-règles, les actes-conditions et les actes subjectifs. Les actes-règles sont ceux qui sont faits « avec l'intention qu'il se produise une modification dans les règles de droit » ; ils ont un caractère objectif et général. Tels sont les règlements, les statuts, les clauses d'une convention collective de travail. Les actes-conditions sont ceux à la suite desquels naît pour un individu un statut qu'il n'avait pas auparavant. Ce sont des actes qui conditionnent l'application du droit objectif à certains individus. Par exemple, dit Duguit, la nomination d'un fonctionnaire, la reconnaissance d'enfant naturel, le mariage. Enfin, les actes subjectifs sont ceux par lesquels naît à la charge du sujet une « obligation spéciale, concrète, individuelle, momentanée, qui n'était point créée dans le droit objectif. » Le type de ces actes est le contrat. Nous n'insisterons pas sur cette distinction qui est, en quelque sorte classique et qui, au surplus, n'est pas capitale pour la suite de nos développements.

Bien plus intéressante pour notre étude est l'application que fait Duguit de l'analyse psychologique de l'acte de volonté à l'acte juridique. D'abord, il est évident que, comme l'acte de volonté, l'acte juridique qui n'en est qu'une espèce, est occasionné par des motifs impulsifs. Mais ceux-ci restent extérieurs à l'acte.

Comme dans l'acte ordinaire de volonté, le sujet de droit, dans l'acte juridique, au cours de la phase de la *délibération*, envisage l'objet et le but déterminant. Comme nous l'avons vu, cet objet peut être envisagé à deux points de vue distincts : objet immédiat et objet médiat. L'objet immédiat ne peut être ici encore qu'un mouvement corporel à réaliser. Quant à l'objet médiat, que peut-il être ? Nous avons vu plus haut que, dans un meurtre envisagé comme acte de volonté, par exemple, le fait de lever le bras et de frapper constitue l'objet immédiat du vouloir; l'objet médiat — en l'espèce la mort de la victime — se réalise par l'application à ce geste de diverses lois physiques ou physiologiques. Dans l'acte juridique, une loi va semblablement s'appliquer au mouvement organique né de notre volition : ce sera la norme juridique qui va attacher un effet de droit à l'activité organique. Cet effet de droit sera l'objet médiat; ce ne sera que l'objet médiat parce qu'il ne se réalise pas du fait de la seule volition, mais par la combinaison des effets de celle-ci avec la norme juridique. Solution qui, au dire de Duguit, tranche définitivement la difficile question de savoir quelle est la cause efficiente de l'effet de droit : volonté du sujet ou droit objectif. On voit, dit Duguit, que ce ne peut être la volonté du sujet, puisque son objet immédiat ne peut jamais consister qu'en une modification organique.

Quant au but déterminant, même parallélisme entre sa définition dans l'acte de volonté en général et sa définition dans l'acte juridique. C'est toujours la représentation que la réalisation de l'acte assurera la possibilité de la réalisation d'un certain vouloir.

Citons les exemples de Duguit : « J'emprunte pour jouer; l'objet immédiat de mon acte de volonté est la déclaration que je m'oblige à rembourser; l'objet médiat est l'intention qu'il naisse une voie de droit contre moi; le but déterminant est la représentation dans mon esprit de la possibilité où je serai, après mon emprunt, de jouer. J'emprunte pour payer mes dettes; le but déterminant est la représentation que je me forme de la possibilité où je serai de payer mes dettes. »

Quel est le rôle juridique du but déterminant ? Il est égal à son rôle psychologique, c'est-à-dire qu'il est primordial.

C'est par rapport au but que sera examinée la validité de l'acte juridique. Est-il illicite ou immoral ? L'acte doit être entaché de nullité parce que le but en est une partie intégrante. Mais en revanche, il n'y aura pas place dans la théorie juridique pour les motifs impulsifs.

Ceux-ci sont antérieurs à l'acte de volonté, ils lui sont aussi extérieurs, comme on l'a vu et n'influent pas par suite sur sa valeur, hors le cas qu'on va rencontrer plus loin, où ils coïncident avec le motif impulsif. Le nœud de la théorie de Duguit, en ce qui nous intéresse, est dans cette distinction entre le but déterminant, élément intégrant de l'acte, élément essentiel pour sa légalité, et l'antécédent de l'acte, le motif impulsif qui est extérieur et est indifférent à la validité de l'acte.

Sous-Section II

L'Explication de la jurisprudence de la cause.

Si le motif impulsif, élément antécédent de l'acte, est sans rapport juridique avec celui-ci, il semble qu'il ne doive jamais y avoir un lien de droit entre les antécédents de l'acte et l'acte, et partant, entre l'erreur de fait et la violation de la loi.

Mais si Duguit soutient que le motif impulsif ne vaut jamais juridiquement, comme tel, il explique la jurisprudence de l'erreur de fait par deux idées : tout d'abord, les faits antécédents prennent une valeur juridique comme étant prévues légalement parmi les conditions de la compétence de l'agent. C'est le cas normal. Ensuite, il y a des cas de coïncidence fortuite entre le *motif impulsif* et le *but* : ce sont les cas auxquels le Conseil d'Etat applique l'idée de cause.

Après un examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'erreur de fait (3), Duguit essaie de donner l'explication des solutions jurisprudentielles qu'il approuve. Pour la plupart de ces espèces, il la trouve dans l'idée de la compétence liée. Les faits matériels, dit-il en résumé, sont les conditions légales d'émission des décisions; les intéressés doivent donc toujours pouvoir prouver qu'ils ne sont pas tels que l'auteur de l'acte les a présentés. « En pareil cas, le juge qui annule la décision administrative ne le fait pas parce qu'il apprécie que le motif impulsif qui l'a provoquée ne reposait pas sur des faits exacts, mais parce que, si ces faits n'existent pas, la loi déclare l'autorité incompétente pour prendre la décision. En réalité, le juge ne résout alors qu'une question de compétence et annule l'acte pour cette raison; mais pour régler cette question de compétence, il est obligé d'apprécier les faits puisque la loi décide que ce sont les faits existants qui déterminent l'étendue de la dite compétence. »

Dans ses lignes générales, cette explication donnée par Duguit se rapproche de celle des commissaires du Gouvernement (à ceci près que ces derniers établissent entre le fait et la décision un lien légal, mais sans spécifier qu'il s'agit de compétence) et de celle de M. Réglade.

---

(3) *Dr. const.*, II, p. 400.

A en croire le Doyen Duguit, cette idée de compétence liée expliquerait toute la jurisprudence du Conseil d'Etat (à l'exception cependant des arrêts Trépont, Blanchard et Lefranc) en matière d'annulation pour faits matériels inexacts. On ne voit pas, à vrai dire, où peut apparaître une compétence liée dans l'arrêt de Noue, que Duguit lui-même cite, et où le Conseil d'Etat déclare que le ministre était investi de « pouvoir discrétionnaire ». La même remarque pourrait être faite pour des arrêts où précisément le Conseil d'Etat a établi que, en dehors de toute compétence liée, l'exactitude du motif allégué est une condition de la validité de l'acte (4).

Néanmoins, Duguit lui-même reconnaît que la « jurisprudence de la cause », limitée au moment où il écrit, aux arrêts Trépont, Blanchard, Lefranc, ne peut s'expliquer par la compétence liée.

Dans ces arrêts, en effet, il semble que la raison de l'annulation réside dans l'inexactitude du fait matériel allégué par l'Administration pour justifier la mesure prise envers un fonctionnaire. Or, à ces mesures (au moins pour les arrêts Blanchard et Trépont) la loi ne mettait pas de condition. On ne peut invoquer aucun lien légal entre le fait matériel et la décision. Faut-il donc admettre que le fait matériel, considéré comme motif de l'acte a une influence sur sa validité ? Non, répond Duguit, car la théorie de l'acte juridique a montré que le motif impulsif ne peut avoir d'influence sur la valeur de l'acte. Or, qu'est-ce que le fait matériel dans l'arrêt Trépont par exemple ? C'est la demande qui « suggère en l'esprit du fonctionnaire supérieur l'idée de la révocation. » C'est donc le motif impulsif. Or, et Duguit revient ici longuement sur les idées exposées plus haut, le motif impulsif est en *dehors de l'acte;* il est antérieur à la phase de la délibération, et comme tel, c'est en quel-

(4) V. *supra*, p. 114.

que sorte un néant juridique. Il faut donc admettre, semble-t-il, ou que le Conseil d'Etat a eu tort de prendre le motif impulsif en considération, ou que la théorie de l'acte juridique est inexacte. Le savant doyen croit échapper à ce dilemme : il approuve les solutions de la Haute Assemblée, mais ne croit pas qu'elles infirment le principe que le motif impulsif est sans influence sur la validité de l'acte.

Voici son explication : c'est en apparence, et en apparence uniquement, que le Conseil d'Etat annule l'acte pour inexactitude du motif impulsif. En réalité, ce n'est pas le motif impulsif qui vicie l'acte, c'est le but déterminant qui, dans la jurisprudence précitée, fait défaut.

Reportons-nous, en effet, à la définition du but déterminant. C'est « la représentation, dans l'esprit du sujet, qu'en voulant et en exécutant une certaine chose, il assurera la réalisation d'un autre vouloir chez lui-même ou chez autrui. » Or, que se passe-t-il dans une hypothèse de mise en congé d'un fonctionnaire, sur *sa demande* par exemple. Quel est le motif impulsif ? La demande formulée par l'intéressé, avons-nous vu. Mais qu'est-ce qui constitue le but déterminant du supérieur qui émet l'acte de mise en congé ? C'est la représentation qu'en prenant cette décision il assure la réalisation du vouloir du fonctionnaire. (C'est la définition correcte du but déterminant de cet acte.) Or, qui ne voit qu'ici le même fait, la demande du fonctionnaire est à la fois un motif impulsif, comme ayant suggéré l'idée de la décision, et le but déterminant, comme volonté dont l'agent entend assurer la possibilité de réalisation ? Ce sera le cas de bon nombre d'actes où le « motif impulsif est un acte de volonté se produisant chez un tiers ».

Dès lors, dit le Doyen Duguit, « il est d'évidence que dans le cas où le but déterminant se confond avec le motif impulsif, si celui-ci n'existe pas, le but déterminant n'existe pas davantage; si le motif impulsif est

contraire à la loi, le but déterminant lui est aussi contraire.

« Dans les espèces précédentes, le Conseil d'Etat a l'air d'annuler l'acte en raison du motif impulsif; en réalité, il l'annule parce qu'il lui manque un des éléments constitutifs de tout acte juridique : le but déterminant, ou du moins parce qu'il y a un but déterminant faussement allégué. »

Notons, au surplus — et c'est évident — que la coïncidence du motif impulsif et du but déterminant est toute occasionnelle, et que si, en certains cas ils se confondent, ils n'en restent pas moins radicalement distincts dans leur principe, et dans leur influence sur la validité de l'acte.

Cette explication du Doyen Duguit, que nous avons essayé de résumer, vaut qu'on s'y arrête. Elle est, à défaut d'exactitude, admirable de subtilité car l'objection tirée de la jurisprudence semblait, à coup sûr, fatale pour une théorie qui exclut le motif impulsif des éléments de l'acte juridique. A vrai dire, Duguit n'esquive pas la difficulté, que la plupart des commissaires du Gouvernement évitent dans leurs conclusions : comment faire de l'existence du motif une condition de la validité des actes, en dehors des hypothèses de compétence liée ? Abordant la question de face, *il essaie de ramener la jurisprudence de la cause à un cas particulier dans la théorie de l'acte juridique : celui où le fait motif impulsif se confond avec le but déterminant.* Mais précisément, il limite par cela même son explication. N'y a-t-il pas des cas où les faits sont pris en considération par le Conseil d'Etat en dehors de toute compétence liée et de toute confusion entre but déterminant et motif impulsif ? Cette question avec les autres sera examinée par nous dans la partie critique de cet ouvrage.

Ajoutons que tout sépare naturellement l'explication que donne Duguit des arrêts précités et celle qu'en donne Hauriou. Pour Duguit, l'emploi du mot cause

est malheureux parce qu'il évoque les incertitudes du droit civil, mais la théorie du Conseil d'Etat s'explique si l'on entend par cause le début déterminant, et dans ce sens elle est « très exacte ». A l'idée d'Hauriou qui distingue une nullité fondée sur l'illégalité pour la cause juridique inexistante et une nullité relevant du détournement de pouvoir fondée sur le but déterminant, il oppose tout d'abord sa théorie de l'acte juridique. Il oppose, en second lieu, l'impossibilité de faire appel, comme le fait Hauriou, à l'idée de catégorie et de cause juridique objective. « Cause juridique objective, c'est tout simplement la *causa civilis* du droit romain; conception périmée, qui ne répond plus à rien de réel, et qu'il n'est pas permis, en plein XX^e^ siècle, de vouloir rénover. » Quel que soit le parti qu'il faille prendre plus tard sur la théorie de Duguit, on voit qu'elle met admirablement en relief les difficultés et les incertitudes du problème.

Section II

La théorie des motifs déterminants de M. Jèze.

M. Jèze a édifié, au sujet de l'acte juridique de droit public et de ses causes de nullité, une théorie (5) qui suit de très près les contours de la jurisprudence, mais à laquelle, en revanche, on peut faire le reproche d'être plus une synthèse de solutions jurisprudentielles qu'un essai d'explication.

Examinant l'acte de droit public, M. Jèze voit, dans son régime juridique, cinq points essentiels :

1° La théorie de la compétence et de la capacité;
2° La théorie des vices du consentement;
3° La théorie de l'objet;
4° La théorie des motifs déterminants;
5° La théorie des formes.

(5) Cf. Jèze, Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français (*Rev. Dr. publ.*, 1922).

Principes généraux du droit administratif, t. II, pp. 210 et suiv.

Il est inutile de rappeler ici ce que M. Jèze dit de ces différentes théories. La seule qui intéresse directement notre étude est celle des motifs déterminants parce qu'elle renferme un effort de simplification très net, pour éliminer la notion de cause et les discussions qu'elle a suscitées. Qu'est-ce que le motif déterminant ? « Ce sont les considérations de fait ou de droit qui poussent un individu à accomplir certains actes juridiques. » Par exemple, dans un emprunt, la destination des fonds est le motif déterminant de l'acte juridique.

Quel est le caractère essentiel du motif déterminant ? C'est d'être, par sa nature, personnel à l'agent, subjectif. Néanmoins, contrairement à une partie de la doctrine civiliste, M. Jèze ne voit pas dans ce fait une raison pour enlever au motif déterminant toute influence sur l'acte. Au contraire, il conditionne l'acte, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou d'un acte bilatéral. Par suite, son inexistence ou son illicéité a une influence majeure sur la validité de l'acte.

A ce sujet, précisons une nuance qui existe très certainement dans la pensée de M. Jèze, mais qui n'est pas indiquée dans son texte. Le motif déterminant semble revêtir deux aspects différents suivant le point de vue auquel on se place. Le motif déterminant, c'est d'abord une représentation mentale; c'est en ce sens qu'on l'entend lorsque l'on dit qu'il consiste « dans des considérations de fait ou de droit ». Mais c'est aussi une réalité extérieure; ce ne peut être que cela, lorsqu'on parle de son inexistence. Cette inexistence n'est pas, en effet, l'absence d'une représentation déterminante; elle consiste dans l'absence d'un fait réel correspondant à cette représentation. Si par exemple une libéralité de ma part est destinée à récompenser un service que je crois m'avoir été rendu, le service rendu est sans doute le motif déterminant. Encore faut-il l'envisager à deux points de vue distincts. Subjectivement, par rapport à l'idée que je m'en fais, le motif déterminant existe sans nul doute.

Existe-t-il objectivement ? En fait, il peut exister ou non, suivant que mes croyances sont exactes ou fausses. On peut enfin imaginer un cas où il n'existerait ni subjectivement, ni objectivement, par exemple dans une espèce voisine de celle que cite M. Jèze (6). Dans cette hypothèse, pour permettre l'adoption d'un individu, le futur père adoptif simule une noyade et un sauvetage opéré par celui qu'il veut adopter. En l'espèce, ni subjectivement, ni objectivement, le motif déterminant n'existe ou du moins il n'existe pas tel qu'il a été allégué. Ceci simplement pour montrer quelle est, au fond, la complexité d'une notion relativement simple comme celle de l'existence ou de l'inexistence du motif déterminant.

En droit privé, M. Jèze, constatant que la jurisprudence repousse la distinction classique entre la cause et les motifs, l'analyse comme une application constante de la théorie du motif déterminant (jurisprudence des contrats ou des libéralités ayant une cause illicite).

En droit public, cette théorie joue, nous dit M. Jèze, un rôle bien plus important encore qu'en droit privé, parce que, en droit public, le motif déterminant n'est pas laissé à la libre détermination des parties; il est, à l'avance, fixé par la loi; c'est, obligatoirement, le bon fonctionnement des services publics. Ceci donne à la théorie du motif déterminant en droit public un développement considérable. C'est là une grande différence avec le droit privé, où la capacité est la règle, où la loi n'assigne pas à l'activité de chaque individu un but précis, où la capacité est déterminée par des propositions négatives, alors que la compétence est déterminée par des propositions positives.

Et M. Jèze résume en onze « règles » les directives du Conseil d'Etat en la matière.

---

(6) Cf. Cour de Caen, *S.*, 68. 2.17, et *Cas. req.*, 14 juin 1869, *S.*, 69. 1 .371.

De ces diverses règles, extrayons, parce qu'elle intéresse directement cette étude, la cinquième qui est ainsi formulée : « Les motifs allégués doivent être matériellement exacts. » Ici M. Jèze indique tout de suite que cette règle s'applique, même dans l'hypothèse où l'auteur de l'acte n'était pas tenu de motiver. Cependant, par ailleurs, la directive extraite de la jurisprudence, reste assez imprécise dans l'analyse qu'en donne le savant professeur. L'annulation sera-t-elle obligatoire et suivra-t-elle fatalement la constatation de l'inexistence matérielle des motifs ? Non : « Cela dépend des circonstances de la cause. »

Quant à la notion de cause, M. Jèze l'écarte d'un mot en constatant que le Conseil d'Etat la fait intervenir « bien malencontreusement » dans l'arrêt Trépont. L'écartant d'un mot, l'éminent auteur ne peut pourtant se voir adresser le reproche de ne pas la discuter, car il est évident que toute la théorie des motifs déterminants tend à démontrer que la relation de l'acte aux éléments de fait est indépendante de la notion de cause, ou bien que par cause, il faut entendre les motifs déterminants. Mais, comme on démontre le mouvement en marchant, M. Jèze démontre l'inexactitude de la notion de cause objective en ne s'en servant pas pour expliquer la jurisprudence. Reste évidemment à savoir si l'explication qu'il propose est d'une telle exactitude qu'elle élimine toute autre théorie.

Section III

La théorie du motif objectif de M. Bonnard.

Dans un article de la *Revue de Droit public* (7), sur « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir ». M. Bon-

(7) *Rev. Dr. publ.*, 1923, pp. 336 et suiv.

nard est amené à formuler une conception de l'acte juridique et à examiner la notion de cause juridique telle que venaient de la dégager en droit administratif les arrêts Trépont et Blanchard.

M. Bonnard — nous traitons de ces questions dans une autre partie de notre étude — soutient, on le sait, la thèse qu'il n'y a pas de contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire. Pour appuyer sa démonstration, il la fait précéder d'une étude sur les éléments de l'acte juridique. Il se réfère parfois à la pensée de Duguit, tout en s'en séparant sur quelques points importants. Remarquons ici que M. Bonnard ne peut pas se référer au dernier état de la pensée de l'éminent doyen, tel que nous l'analysons d'autre part : le texte de Duguit auquel M. Bonnard fait allusion est la deuxième édition du *Droit Constitutionnel* (1923). Par conséquent, nous laisserons de côté le parallèle que l'auteur établit entre son système et celui de Duguit, parallèle qui n'est plus tout à fait exact depuis la parution de la troisième édition du *Droit constitutionnel.*

C'est sur le terrain exclusivement juridique que se place M. Bonnard, indépendamment de toute analyse psychologique de l'acte de volonté en général. Il se refuse même à préciser ce qui détermine la volonté à vouloir tel objet. C'est uniquement sur la phase intellectuelle de l'acte juridique que M. Bonnard concentre son attention, parce que l'objet de ses recherches, c'est le pouvoir discrétionnaire, et que, s'il y a un pouvoir discrétionnaire, c'est dans la phase de l'appréciation, phase d'activité intellectuelle qu'il peut exister.

Quels sont donc les éléments entrant en jeu dans le travail intellectuel de l'appréciation ?

En premier lieu, il existe des motifs de l'acte. Comment concevoir ces motifs ? M. Bonnard prend un

soin très grand de préciser que ces motifs (8) constituent des « antécédents ». Il diffère essentiellement ainsi dans sa terminologie de M. Jèze qui définit le motif d'une façon beaucoup plus vague, comme « des considérations de droit ou de fait », sans distinguer entre les éléments antécédents et les éléments subséquents de l'acte. M. Bonnard réserve le nom de motifs aux antécédents seuls de l'acte. « A la base de tout acte juridique, dit-il, on trouve soit une situation, soit un acte juridique ou matériel qui provoquent l'acte, qui en sont la raison d'être. Ainsi, pour l'acte de répression disciplinaire, il y a la faute disciplinaire, en matière d'assistance la qualité d'indigent; en matière de police des troubles à l'ordre public et la nécessité de prendre des mesures pour les empêcher de se reproduire. » Ainsi le motif est un fait ou un ensemble de faits objectifs.

La première appréciation à laquelle devra se livrer l'agent sera donc l'appréciation des motifs, au point de vue tant de leur existence matérielle que de leur existence légale et de leur valeur.

La seconde phase de cette opération intellectuelle porte sur la décision à prendre. Il y aura lieu d'adapter aux motifs ainsi constatés la décision qui peut s'ensuivre. C'est dans cette appréciation que consiste essentiellement l'opportunité. « Une décision ou une abstention sont opportunes lorsque les motifs ayant été exactement appréciés, elle cadre avec ces motifs. »

Enfin, il faut tenir compte, non seulement des éléments antécédents de l'acte, mais encore d'éléments subséquents à l'acte, c'est-à-dire essentiellement du but.

---

(8) Il n'est pas de mot dont le sens soit plus divers que celui de motif :

a) Pour les civilistes, le motif est une considération subjective, personnelle à chaque partie dans le contrat, et distincte de la cause ou du but;

b) Chez M. Jèze, le mot motif revêt un sens voisin de celui-ci. C'est la considération de fait ou de droit qui détermine l'auteur de l'acte;

Qu'est-ce que le but de l'acte administratif ? En principe, ce doit toujours être le bon fonctionnement des services publics, mais cette règle unique se fragmente en buts spéciaux aux divers actes administratifs. Par exemple, la mesure de police doit avoir pour but la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques; la répression disciplinaire, le maintien de la discipline. L'élément-but est susceptible d'une double appréciation : appréciation consistant à se demander quel est le but à poursuivre; appréciation portant sur le point de savoir si l'acte envisagé poursuit réellement le but légal.

Telle est, très schématiquement résumée, l'analyse que M. Bonnard donne de l'appréciation dans l'acte juridique.

Ce qui est essentiel et ce qui, à notre avis, fait la grande valeur de l'analyse de M. Bonnard, c'est la place que cette théorie fait aux éléments antécédents de l'acte, et la façon objective dont elle les définit. Alors que M. Jèze refuse de distinguer entre les éléments psychologiques, entre les éléments antécédents et les éléments subséquents, M. Bonnard indique que, *à la base* de l'acte juridique, il y a une certaine *situation de fait ou de droit objective*. Cette situation, c'est ce que l'agent considère par l'intermédiaire des motifs, et M. Bonnard marque nettement la distinction entre cette situation objective et l'appréciation qui en est faite. Par ailleurs, l'auteur ne tombe pas dans l'erreur que nous croyons être celle de Duguit et qui consiste à concentrer tout l'intérêt juridique sur l'élément-but dans l'acte. Alors que Duguit n'admet pas qu'il y ait — pour se prononcer sur la valeur de la décision — à considérer autre chose que le but

---

c) Chez Duguit, le motif impulsif est un élément extérieur à l'acte, qui suggère la représentation de l'acte, mais entièrement étranger au processus intellectuel et juridique de formation de l'acte;

d) Pour M. Bonnard, le motif est un antécédent objectif qui est à la base de l'acte, et dont l'influence sur l'acte est essentielle.

et l'objet poursuivis, M. Bonnard fait une place essentielle, comme nous le verrons plus loin, à l'élément antécédent, à la situation de fait qui est à la base de l'acte.

Sur les relations entre le but et le motif, quelle est la pensée de l'éminent auteur ? Il existe entre eux une certaine corrélation, puisque « si l'acte ne poursuit pas le but voulu, il se trouvera toujours que les motifs auront été incorrectement appréciés soit quant à leur existence, soit quant à leur valeur. » Et l'auteur précise sa pensée en indiquant que, si par exemple, un acte de répression disciplinaire est incorrect quant à son but, et poursuit par exemple un but de vengeance personnelle, « il en résulte forcément qu'on aura affirmé l'existence d'une faute inexistante ou exagérée : la faute commise. » Il semble que ce soit exact, à cette réserve près que l'appréciation qui sera inexacte ici, c'est bien plutôt l'appréciation officielle, telle qu'elle ressort de l'acte, que l'appréciation que l'ateur a dû en faire dans son for intérieur et sur laquelle il n'a pu se faire d'illusions (à moins d'avoir été aveuglé lui-même par sa passion).

Mais, par ailleurs, cette liaison entre le motif et le but n'est pas réciproque. C'est ainsi qu'une erreur sur les motifs peut exister sans qu'il y ait erreur sur le but. Dans notre hypothèse, par exemple, une erreur sur l'existence ou la gravité de la faute disciplinaire n'implique pas fatalement la volonté de satisfaire à un autre but que d'assurer le respect de la discipline.

Ayant ainsi défini les motifs, M. Bonnard examine la jurisprudence de l'erreur de fait et est amené à conclure qu'il n'y a pas de « pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation de l'existence légale ou matérielle des motifs. » Laissons de côté les autres conclusions auxquelles il arrive, en ce qui concerne le champ d'application du pouvoir discrétionnaire. Retenons essentiellement la règle que l'erreur sur les motifs constitue un vice entraînant l'annulation dans l'état actuel de la jurisprudence.

De cette constatation, M. Bonnard induit nettement le problème qu'elle pose. Pourquoi y a-t-il un contrôle de l'existence des motifs ? Pourquoi n'y a-t-il pas de pouvoir discrétionnaire en ce qui touche à cette question ? M. Bonnard conclut : parce que sur ces questions, la compétence administrative est liée par la loi. Remarquons que, dans le système de M. Bonnard, l'excès de pouvoir coïncide exactement avec la notion d'illégalité. L'auteur n'a donc pas la ressource, comme pouvait le faire le doyen Hauriou, d'expliquer le contrôle de l'erreur de fait par un principe tiré du caractère propre de l'excès de pouvoir et distinct de l'idée de légalité.

Mais on se rend compte, et M. Bonnard le premier, que voir dans l'appréciation de l'existence des faits antécédents ou motifs une compétence liée, c'est reculer la question. Car, enfin, quel est le principe ou la règle de droit qui lie la légalité de l'acte à l'existence réelle des motifs ? Est-ce un texte ? On a essayé de soutenir (et c'est le système de M. le commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions sous l'arrêt Boisselet et sous l'arrêt Camino) que les textes portant obligation de motiver faisaient de l'existence du motif une condition de la légalité de l'acte (9). Mais M. Bonnard fait remarquer avec raison que l'obligation légale de motiver certains actes ne vise pas « l'existence du motif », mais seulement son expression. Elle ne dit pas : il faut que le motif ait une existence réelle. Elle dit seulement : il faut qu'un motif soit exprimé. Et en admettant même que l'esprit, sinon la lettre du texte, fasse de la réalité du motif une condition de la légalité de l'acte, il resterait encore à expli-

(9) « Et si le motif est en fait inexistant, si ce n'est pas un motif, si ce n'est qu'un prétexte, la loi, § 3 de l'article 86 (nouveau texte imposant l'obligation de motiver les mesures prises contre les maires) est violée, puisqu'elle veut que la mesure soit étayée sur un motif et que, si le motif reste inexistant après examen des faits ; si c'est un prétexte, il disparaît. » (Conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Corneille sous l'arrêt Camino, C. E., 14 janvier 1916, *R.D.P.*, 1917, p. 442.)

quer comment le Conseil d'Etat vérifie la réalité des motifs en l'absence de tout texte imposant l'obligation de motiver (10). La question est ainsi très bien posée, sur son terrain propre: quel est le lien juridique qui rattache la validité de l'acte à l'existence objective du motif ?

Et c'est ainsi que M. Bonnard examine, comme première explication possible, la théorie de la cause, telle qu'elle se présente dans la jurisprudence. Notons ici que l'auteur ne connaît pas la note du Doyen Hauriou sous l'arrêt Lefranc, qui est de trois années postérieure à son article.

Cette notion de cause, comment pourrait-elle constituer une explication de la jurisprudence sur l'existence et la valeur des motifs ? M. Bonnard fournit à cette question une réponse: par l'application du principe que l'obligation sans cause est nulle. C'est la règle posée dans l'article 1131 du Code Civil. Au surplus, l'auteur se garde de donner de la jurisprudence du Conseil d'Etat une explication qui en altère la physionomie : il ne prétend pas que la Haute Assemblée ait entendu appliquer au droit administratif un article du Code Civil, en tant que tel. Mais le principe dégagé de ce texte s'appliquerait au droit administratif en tant que règle coutumière, « car on doit considérer que les règles de droit privé inscrites dans les textes cessent d'être des règles légales pour devenir des règles coutumières quand on les applique au droit public. » Telle est donc, dit M. Bonnard, la première explication que peut suggérer la jurisprudence du Conseil d'Etat : les règles relatives au motif s'expliqueraient par la théorie de la cause inexistante.

Mais tout de suite, le savant professeur rejette cette idée, et pour ce faire, met en avant deux arguments d'une valeur très différente.

---

(10) Sur ce point, cf. GOLDENBERG, op. cit., p. 178.

Le premier est moins une objection de principe qu'un argument d'ordre pratique. La cause du droit civil est une notion essentiellement discutée, et surtout ce mot peut être entendu dans divers sens. D'ailleurs, M. Bonnard marque que de cette incertitude même on pourrait peut-être tirer parti. N'existe-t-il pas dans une partie de la doctrine civiliste une distinction entre la cause et le motif ? (D'ailleurs, il faut remarquer que le motif de droit civil doit s'entendre dans cette doctrine comme ayant un sens différent de celui que lui donne M. Bonnard.) Ne pourrait-on pas, en partant de cette observation, essayer de grouper dans une théorie de la cause les éléments antécédents de l'acte, alors que les éléments subséquents se grouperaient dans une théorie des motifs qui comprendrait notamment l'élément-but. De sorte que la cause, en droit public et en droit privé, correspondrait à ce que M. Bonnard appelle le motif (élément antécédent) et les motifs correspondraient à l'élément subséquent (le but, ou ce que certains auteurs de droit civil appellent la cause). On conçoit que la première difficulté à trancher serait la difficulté du vocabulaire, puisque les mêmes mots, selon qu'on les entend dans les langues juridiques diverses signifient tantôt une chose, tantôt son contraire. « Pour justifier cette identification, ajoute l'éminent auteur, il faudrait se lancer dans l'inextricable discussion de cette notion de cause. »

On voit que le premier argument est un argument d'ordre essentiellement pratique et surtout relatif. L'auteur voit nettement, ainsi qu'il a été dit plus haut, la nécessité de tenir compte de l'élément antécédent de l'acte; mais pour lui les difficultés de vocabulaire accumulées par la discussion de la cause en droit civil sont telles que dans l'intérêt de la clarté il vaut mieux s'abstenir.

Il est vrai que M. Bonnard met en avant une seconde objection, qui constitue, à son avis, « une raison péremptoire pour écarter l'idée de cause. » Voici l'ob-

jection : Il n'y a pas pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de l'existence des motifs. Mais M. Bonnard a été amené à reconnaître, au cours de son étude, qu'il existait parfois un certain pouvoir discrétionnaire en ce qui touche l'appréciation de leur valeur. La jurisprudence à laquelle il est fait allusion ici est celle du contrôle de l'appréciation du motif en matière disciplinaire. On sait que le Conseil d'Etat, dans certains arrêts, déclare ne pas avoir à contrôler l'appréciation faite par l'Administration des fautes commises par le fonctionnaire, pas plus d'ailleurs que de l'opportunité des mesures prises. Par exemple citons l'arrêt Gazade : « Considérant que le requérant, qui ne conteste pas la matérialité des faits qui lui sont reprochés, se borne à soutenir que ces faits ne constituent pas des fautes de service pour justifier les décisions attaquées. Mais considérant que l'appréciation faite sur ce point par l'Administration n'est pas de nature à être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, auquel il n'appartient pas d'apprécier l'opportunité des mesures régulièrement prises par l'autorité compétente dans l'intérêt du service, etc. (Rejet). » Indépendamment de la matière disciplinaire, M. Bonnard cite comme matières dans lesquelles le Conseil d'Etat se refuse à contrôler l'appréciation de la valeur des motifs : les décisions concernant la carrière des fonctionnaires dans le cas où la loi n'a pas déterminé elle-même à l'avance le motif de ces actes, la police des étrangers, la déclaration d'utilité publique. D'ailleurs, il n'y a pas lieu d'examiner si la jurisprudence, en tous ces points, a réellement la portée que lui attache M. Bonnard. Pour la compréhension de l'argument que l'auteur en tire, il suffit de tomber d'accord que, en certains cas le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration un pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'appréciation de la valeur des motifs. Ceci admis, l'argument de M. Bonnard est le suivant : « Si les motifs sont considérés comme cause, l'erreur, dans l'appréciation de la valeur des

motifs, constituera pour l'acte ce qu'on appelle en droit privé une fausse cause. » Or, la fausse cause est mise, quant à son effet, sur le même pied que la cause inexistante : dans les deux cas, aux termes de l'article 1131 du Code Civil, l'obligation est nulle. Et l'auteur de conclure : « Il faudrait admettre (comme conséquence de ce qui précède) qu'une question de légalité peut se poser aussi bien au sujet de la valeur des motifs que leur inexistence. » Or, telle n'est pas la jurisprudence; on doit donc admettre que la notion de cause ne cadre pas avec les règles du droit administratif et la rejeter.

Mais réservons pour plus tard la discussion de cette démonstration, notamment en ce qui concerne l'argument tiré de la fausse du droit civil.

Poursuivons pour l'instant l'exposé des idées de M. Bonnard et arrivons-en à la partie constructive de son étude. Il s'agit pour lui d'expliquer comment l'existence des motifs, entendus toujours naturellement, comme l'auteur les a définis plus haut, peut constituer une condition de la légalité de l'acte. On doit chercher cette explication dans une analyse des éléments rationnels du mécanisme de l'acte juridique. L'acte juridique — M. Bonnard ne le dit pas expressément, mais ceci ressort de son argumentation — l'acte juridique n'est pas le produit d'une volonté ou d'un accord de volontés s'exerçant librement et produisant *ipso facto* des effets de droit. « Le pouvoir est soumis à certaines conditions d'exercice. » Ces conditions d'exercice influent nécessairement sur la validité de l'acte. Or, « on peut considérer, dit M. Bonnard, que l'existence d'un motif pour la décision est une de ces conditions. » Le motif se présenterait ainsi comme une des conditions d'exercice du pouvoir. La seule difficulté, à vrai dire, est de fonder juridiquement cette règle; or, à lire le texte de M. Bonnard, on s'aperçoit que l'auteur procède surtout par affirmation : « Logiquement, on ne peut pas concevoir qu'une

décision soit prise sans motif. Ce serait un pur caprice. Elle doit procéder d'un motif. Ainsi l'existence des motifs est une des conditions nécessaires pour que le pouvoir puisse être régulièrement exercé. »

Il apparaît clairement que pour M. Bonnard toutes ces propositions sont évidentes. Or, en fait, il n'en est rien, puisque des auteurs comme Duguit ont nié l'influence de l'existence des antécédents de l'acte sur la validité de celui-ci. A vrai dire, l'explication que l'auteur donne de ces affirmations est sous-entendue ou plutôt condensée en quelques mots. D'une part, il annonce que son explication se fonde sur la considération « des éléments rationnels du mécanisme de l'acte juridique ». D'autre part, dans la citation que nous venons de relever, il fait appel à la logique.

Ceci éclaire la nature des propositions de M. Bonnard. La règle juridique que tout acte doit avoir des motifs se déduit, non pas d'une norme juridique, mais d'une constatation de fait : à savoir qu'un acte de volonté ne se conçoit pas sans motifs; il y a là une règle inhérente au fonctionnement même de notre vie mentale. Cette remarque permet ainsi, avant toute critique, de limiter l'explication de M. Bonnard : il reste à savoir en effet si, dans l'acte de volonté, le rôle des motifs (entendus toujours au sens de M. Bonnard) est accidentel ou essentiel, s'ils ne sont que l'occasion de l'acte, comme l'entend Duguit, ou si au contraire ils sont autre chose, quelque chose que l'on pourrait appeler la cause.

Comment s'exprime dans le droit positif cette règle que l'existence des motifs est une condition de l'existence et de la validité de l'acte? Ce sera comme règle coutumière que ce principe prévaudra, et sa violation constituera une illégalité *lato sensu*, c'est-à-dire entendue dans le sens large de la violation d'une règle de droit quelconque.

Telle est la conception de M. Bonnard en ce qui touche au rôle respectif du motif et du but dans l'acte

juridique, et l'explication que l'on en peut donner. On peut schématiquement résumer ses propositions ainsi :

1° *A la base* de l'acte juridique, existe une situation de droit ou de fait qui constitue le ou les motifs. Ces motifs, éléments antécédents de l'acte, sont distincts des éléments subséquents, notamment du but;

2° *L'existence de fait et de droit du motif* est une condition de validité de l'acte, parce qu'elle en est une condition de légalité;

3° *La théorie de la cause* ne peut expliquer la liaison de l'acte et des motifs. Il faut voir dans cette liaison une règle coutumière, née de nécessités rationnelles, et comme telle indépendante des textes spéciaux imposant la motivation des décisions (11).

Section IV

L'explication de M. Réglade.

Dans un article de la *Revue de Droit Public* (12), postérieur de deux ans à celui de M. Bonnard, M. Réglade examine à son tour la question du contrôle du pouvoir discrétionnaire et de l'opportunité. Il se rattache, pour ce qui nous concerne, aux conclusions de M. Bonnard et admet notamment que l'existence des motifs est une condition de la légalité de l'acte. L'explication proposée par M. Bonnard est acceptée

(11) De l'existence d'un lien juridique général, indépendant des textes spéciaux, M. Bonnard déduit une conséquence peut-être excessive, mais curieuse : le Conseil d'Etat doit vérifier l'existence des motifs dans *tous les cas*, y compris dans le cas où l'acte n'est pas obligatoirement motivé.

(12) *Rev. de Dr. publ.*, 1925, p. 413, M. Réglade, Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir.

par lui dans son principe: c'est comme une condition d'exercice du pouvoir que les deux auteurs conçoivent l'existence du motif. Mais à cette règle, M. Réglade apporte une précision intéressante. Pour lui, l'erreur sur les motifs entache l'acte, non d'une violation de la loi de fond, ni d'un détournement de pouvoir, mais d'un vice d'incompétence. En somme, l'existence du motif est une des conditions *sine qua non* de l'existence de la compétence.

Quel est, d'après M. Réglade, le fondement de cette règle ? Citons l'auteur ici : « En donnant à un agent compétence pour faire un acte, la loi, tout en lui laissant le libre choix des motifs, sous-entend que cette compétence ne naîtra que s'il existe réellement des motifs suffisants pour la faire naître, c'est-à-dire si existent véritablement les faits qui sont la cause occasionnelle de l'acte. S'ils n'existent pas, la compétence ne peut naître. » Il est évident que cette explication a tous les défauts des explications qui font intervenir les prescriptions « tacites » ou les règles « sous-entendues ». Mais elle ne constitue pas le véritable argument de M. Réglade. Pour lui, l'existence de la règle que les motifs doivent être réels est indéniable, puisque cette règle est constamment appliquée par la jurisprudence. Reste à expliquer cette règle. On ne peut rattacher les motifs à l'acte juridique que par la théorie de la compétence. Pourquoi ? Parce que, selon la démonstration de Duguit, les motifs sont extérieurs à l'acte de volonté. Mais l'auteur, qui se range à la théorie de l'acte juridique telle que la conçoit le Doyen de Bordeaux, expose que l'existence des motifs peut fort bien figurer parmi les conditions auxquelles le droit objectif soumet l'acte de volonté pour qu'il produise des effets juridiques. Or, ces conditions sont au fond celles qui permettent à la compétence de s'exercer; ce n'est donc qu'à l'ouverture de l'incompétence que l'on peut rattacher la nécessité de l'existence des motifs.

Jusqu'ici d'ailleurs, ce que l'auteur démontre c'est que s'il y a une nécessité juridique des motifs, elle est de l'ordre des règles de compétence, mais il n'a pas encore démontré que cette nécessité était réelle, et notamment il n'a pas encore expliqué comment la loi « sous-entend l'existence des motifs ». Sur ce point, c'est à la théorie de M. Bonnard que revient l'auteur. La règle de l'existence des motifs est sous-entendue parce qu'elle est d'ordre rationnel; elle est entrée dans le droit positif sous la forme de la coutume. Le seul trait que M. Réglade accentue plus fortement que M. Bonnard, c'est que l'existence des motifs se rattache à la légalité de l'acte par la compétence et non par la loi de fond.

Ainsi M. Réglade tente de réussir une conciliation peut-être difficile. D'une part, sa conception des motifs est celle de Duguit : éléments antécédents de l'acte, ils sont « quelque chose d'étranger à la volonté de l'agent; ce sont des faits qui se passent en dehors de lui. » S'ils s'y rattachent, ce ne peut être que comme condition extrinsèque de validité par l'intermédiaire de la loi de compétence. Mais, d'autre part, loin de se ranger à l'avis du Doyen Duguit, qui se refuse à voir dans les motifs un élément influant sur la validité de l'acte, M. Réglade cite textuellement M. Bonnard. Avec celui-ci, il rattache la nécessité de l'existence des motifs à une « règle rationnelle » qui s'analyse finalement, comme on l'a vu, dans cette constatation psychologique que l'acte de volonté procède des motifs qui, loin de lui être extérieurs, en conditionnent la validité. La vertu de l'idée de compétence est-elle si grande qu'elle puisse permettre la synthèse de deux principes contradictoires : celui de Duguit pour qui les motifs sont sans influence sur l'acte, et celui de M. Bonnard pour qui ils ont une importance essentielle ? Cette question reste réservée.

APPENDICE

La théorie de M. Roques : la cause, motif officiel.

Dans sa très intéressante étude sur l'enrichissement sans cause en droit administratif (13), M. Roques est appelé à examiner le sens de la notion de cause. Il ne le fait pas seulement du point de vue du sujet qu'il traite, mais il s'efforce de donner une solution générale du problème de la cause en droit public. Il n'oppose pas *a priori* au problème lui-même les objections courantes d'inutilité ou de complexité; aussi bien l'objet essentiel de son étude le lui interdit-il.

Sa conception est intéressante parce qu'elle présente à l'état pur, si l'on peut s'exprimer ainsi, une manière élémentaire de poser le problème qui nous occupe : M. Roques envisage, en effet, la cause de droit administratif comme une correspondance exacte et fatale de la cause de droit civil : « La cause, c'est toujours le but immédiat poursuivi. »

Passons sur les critiques que l'auteur adresse à la théorie de la cause catégorique. Elles sont d'ailleurs, sinon convaincantes, du moins dignes de retenir l'attention. Sous une autre forme, il reprend le reproche adressé au système du Doyen Hauriou : celui de réduire à néant le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. « Cette théorie laisse une part trop grande aux éléments matériels. La réalité exercerait une une influence invincible sur la détermination de l'autorité administrative, elle règlerait l'exercice de la volonté de l'auteur de tout acte et celui-ci n'aurait qu'à lui obéir. »

Dans son analyse du « contenu du concept de cause », l'auteur part de l'idée (qui lui paraît fatale) que la cause, c'est partout et toujours le but. Se rangeant, semble-t-il, à la théorie qui distingue, en droit

(13) ROQUES, De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif, *Th. Montpellier*, 1930.

privé la cause des motifs, il fait remarquer que la cause d'un contrat, et, de façon générale, d'un acte, c'est le « motif officiel »... « le seul qui apparaisse si l'on envisage seulement l'acte générateur de l'obligation ».

Appliquons cette théorie au droit administratif. La cause, c'est le motif officiel de l'existence d'un acte. « Or, l'Administration n'a jamais que des motifs officiels; et ces motifs officiels se ramènent, en fin de compte, à un seul : l'intérêt général. Mais pour que l'acte ait une cause valable, il ne suffit même pas que l'intérêt général ait été poursuivi; encore faudra-t-il que les moyens employés ne paraissent pas disproportionnés, que l'auteur de l'acte n'ait pas commis d'erreur sur les circonstances de l'acte. » C'est plutôt à une théorie des vices du consentement que M. Roques semble ainsi vouloir ramener la théorie de la cause. En tout cas, il lui donne une immense extension. Le recours pour excès de pouvoir tout entier serait un contrôle à base de cause. « C'est, au fond, une théorie de la cause que celle du contentieux de l'annulation. Il s'agit de savoir si l'acte attaqué répondait bien aux conditions que la loi avait mises à son existence et si le but poursuivi par l'autorité qui l'avait accompli était licite. » Contrôle des éléments objectifs de l'acte, contrôle des éléments subjectifs, contrôle des antécédents et contrôle du but, tout est pour l'auteur condition d'application de la théorie de la cause. Le contrôle de la constitutionnalité des lois lui-même relève de cette théorie. On ne peut guère reprocher à M. Roques d'en avoir minimisé l'importance. Ce serait plutôt la critique contraire qui pourrait lui être faite, car il y a un abus certain à englober dans le « motif officiel » toute la théorie des conditions de validité de l'acte administratif.

CHAPITRE III

Examen de quelques opinions, notamment d'auteurs italiens sur la cause en droit administratif : la cause et l'intérêt public.

On a constaté plus haut de quelle façon assez spéciale le problème de la cause s'était posé en droit public français. Introduite dans la langue du droit administratif par la jurisprudence, la notion de cause juridique apparut à certains comme une notion inutile. Il s'était constitué une théorie du but et des motifs, qui correspondait, semblait-il, à la fonction assumée par la cause en droit privé, et beaucoup d'auteurs ne virent dans l'emploi de cette dernière qu'une commodité de vocabulaire douteuse et en tous cas superflue.

Si, au contraire, on examine les idées de la doctrine italienne, on s'aperçoit que la cause y apparaît comme un élément normal de toute théorie de l'acte juridique. Peut-être faut-il voir dans ce fait la conséquence d'un cloisonnement moins grand entre le droit privé et le droit public que celui qui existe dans notre système juridique. Peut-être aussi, est-ce l'effet d'une tendance à considérer les problèmes d'une façon plus indépendante du contentieux qu'en droit administratif français.

Si, par exemple, on se reporte au livre de M. Bodda (1), précieux pour la connaissance de la doc-

(1) Piero Bodda, *La nozione di « causa giuridica » della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Turin, 1933.

trine italienne sur le point qui nous occupe, on s'aperçoit que, pour l'auteur, le problème de la cause existe fatalement en droit public, et que l'on ne concevrait pas qu'il ne se posât pas.

Mais la conséquence de ce point de vue, c'est qu'évidemment les auteurs partent d'une définition *a priori* de la cause par le but. Sans doute, la cause ne peut pas être en droit public identique à la cause de droit privé. Mais qu'elle doive être recherchée du côté des éléments téléologiques de l'acte, voilà qui ne saurait faire de doute aux yeux des auteurs italiens. C'est de cette donnée que part M. Bodda, comme par exemple M. Vitta (2). La cause, ce doit être le but ou le motif défini d'une certaine façon.

Il n'est pas de notre dessein de nous livrer à une étude de droit comparé, qui exigerait une place et des connaissances linguistiques qui nous font défaut. Mais il est intéressant de relever les différentes directions dans lesquelles s'est orientée la théorie de la cause, en droit public italien, parce que nous pouvons y trouver des éléments de solution valables pour notre recherche. Il suffira de marquer les grandes lignes des diverses théories. A l'occasion, des comparaisons avec la doctrine française pourront être esquissées. Mais ce qu'il y aura de plus intéressant dans cet exposé, ce sera de voir comment certains auteurs organisent les rapports de la directive d'intérêt public et de la notion de cause, parce que c'est un des problèmes fondamentaux de notre matière, que l'on retrouvera constamment dans tout essai de théorie de la cause.

Il est à noter d'ailleurs que la conception que Hauriou a de la cause, conception fondée sur la jurisprudence n'est pas sans rencontrer quelque adhésion dans la doctrine italienne. C'est ainsi que Raggi (3)

---

(2) Vitta, *Diritto ammnistrativo*, I, p. 84.

(3) Raggi, *Diritto amministrativo*, p. 186, et *Contributto alla dottrina della rinuncie in diritto publicco*, 1914, pp. 143 et suiv.

affirme que l'erreur de fait correspond à une inexistence de la cause. Mais, comme par ailleurs c'est dans l'intérêt public que cet auteur fait consister la cause, il semble que l'inexistence du fait ne soit pour lui que le « symptôme » de l'inexistence de la cause. L'inexistence du fait trahit l'inexistence de l'intérêt public.

D'ailleurs, l'idée que la cause doit être recherchée dans la direction du but est trop profondément ancrée dans l'esprit des auteurs pour qu'ils puissent adhérer aux idées d'Hauriou. M. Bodda, par exemple, les connaît fort bien et note fort exactement que cette conception « propose une notion de la cause à caractère essentiellement objectif, puisqu'elle la fait consister dans la détermination de faits, le plus souvent matériels, et par suite facilement vérifiables. » (4) D'ailleurs, l'éminent auteur — qui connaît fort bien la doctrine française — se garde de reprocher à semblable conception de ne pas faire sa place au pouvoir discrétionnaire; il s'en défend et note que le pouvoir discrétionnaire se concilie fort bien avec semblable théorie de la cause. Mais ce qui constitue le grief principal contre cette théorie, c'est évidemment qu'elle ne fait pas sa place à l' « élément téléologique » de l'acte : ou but d'intérêt public. Sans doute, l'inexistence du fait peut-elle être utile à titre « symptomatologique » pour déceler l'inexistence de la cause qui est toujours l'intérêt public défini d'une certaine façon, mais le fait n'est pas la cause. Qu'est-ce donc que le fait ? C'est un élément « présupposé » à l'acte, c'est un élément extérieur à lui, mais ce n'en est pas un élément constitutif. Au surplus, M. Bodda ajoute l'argument suivant : si, comme le veut Hauriou, la demande du fonctionnaire était la cause de sa mise

---

P. 210 : « On peut dire que la cause d'un acte manque, ou est illicite ou fausse quand fait défaut l'état de fait en prévision duquel la loi concède le pouvoir en ce sens que, ou bien l'acte ne correspond pas à l'utilité publique, ou satisfait à un intérêt différent de celui qu'il doit satisfaire, ou tend à satisfaire un intérêt illicite. »

(4) Bodda, op. cit., p. 19.

en congé (arrêt Trépont), l'acte de l'autorité qui accorde le congé devrait se borner à certifier que la demande a eu lieu, et ne créerait pas un rapport de droit véritable. Si la cause de l'acte administratif était le fait déterminant, il faudrait conclure que les actes administratifs sont à caractère déclaratif, et ne créent pas de rapports de droit, mais les constatent seulement (5). Il y a évidemment là une interprétation erronnée de la doctrine d'Hauriou, qui fait sa place à la fois à l'idée de but subjectif, et à celle de l'activité de l'agent, et qui se garde bien de dire que l'acte est le produit automatique du fait. Nous verrons, en effet, qu'une théorie de la cause inspirée d'Hauriou, comme celle que nous proposons peut et doit faire sa place aux éléments subjectifs de l'acte.

On voit qu'il y a un parti-pris de vocabulaire à la base de la discussion que peuvent entreprendre les Italiens de la théorie d'Hauriou. Disons tout de suite qu'il s'agit d'un parti-pris normal et légitime pour eux, puisque aucun élément de contentieux ne peut faire douter les auteurs italiens de la légitimité qu'il y a à identifier cause et but. Mais, ceci dit, il faut se demander à quelle conception de la cause aboutit cette doctrine. Si l'on néglige les différences de détail, il semble que l'on puisse grouper les diverses théories en présence sous deux rubriques (6).

Les théories de la présupposition;

Les diverses théories de la cause intérêt public.

---

(5) *Ibid.*, p. 22.

(6) Evidement, ceci est très simplifié. Dans son livre, M. Bodda distingue cinq théories sur cette question de la cause en droit administratif :

Théorie inspirée du droit privé;
Théorie de l'intérêt public;
Théorie des motifs (Hauriou);
Théorie de la présupposition;
Théorie proposée par l'auteur.

Mais, si l'on laisse de côté les théories du droit privé et la théorie d'Hauriou, si l'on tient compte de ce que l'auteur voit dans l'intérêt public la cause de l'acte, on peut légitimement grouper ces idées comme nous le faisons.

Section I

La théorie de la présupposition.

Cette théorie est inspirée du droit privé, et d'ail leurs n'est pas spéciale aux auteurs italiens (7). Elle se retrouve en droit allemand sous le mot « Vorausset zung » (8), qui a la même formation étymologique que la « presupposizione » italienne. Dans cette théorie, on considère que la volonté, en s'engageant, a en vue certaines situation de fait ou de droit, qui sont « présupposées » par elle à l'acte. Il est de son intention — tout comme si elle affectait son acte d'une condition — de ne viser à obtenir un effet juridique que si les éléments présupposés à l'acte existent réellement. La conséquence de leur inexistence ne serait d'ailleurs pas fatalement la mise à néant automatique de l'effet de droit de l'acte, car les éléments présupposés ne sont pas des éléments de l'acte. Mais, puisque cet effet de droit ne correspond plus à la véritable volonté de l'auteur de l'acte, il n'est pas justifié, et en droit privé, ceci conduirait à admettre la répétition de l'indû. D'ailleurs, l'objet de la présupposition pourrait être une situation de fait de droit, passée, présente ou future.

Comment se fait l'application de semblable idée au droit administratif? Il faut se rendre tout d'abord compte que les partisans de cette explication identifient, en général, la cause avec la *fin immédiate*, poursuivie par l'agent. En droit public, ceci conduit à voir par exemple la cause d'une mesure disciplinaire dans l'intention de punir disciplinairement, la cause d'une

---

(7) Cette théorie semble être celle qui domine en droit public italien.

J. Rannelletti, *La guarentigie amministrative e giuridizzionale della giustizia nell' amministrazione*, p. 123.

de Valles, *La validita dell' atto amministrativo*, p. 151.

Trentin, *L'atto amministrativo*.

(8) Cf. par exemple : Windscheid, *Lehrbuch des Pandektensrechts*, 6e édit., p. 97.

nomination dans l'intention de préposer une personne à une fonction publique.

Il est bien évident que, dans semblable conception où la cause et l'objet sont très voisins, il doit y avoir pourtant place pour l'idée d'intérêt public. C'est précisément à cette intégration nécessaire de l'intérêt public à la cause que doit tendre la théorie de la présupposition. Voici comment un auteur italien, de Valles, conçoit cette question (9) :

« Les motifs présupposés constituent ces éléments qui sont immanents à la nature de l'acte, et par suite, en sont inséparables, au point que le type juridique auquel l'acte correspond ne peut se concevoir sans leur présupposition; parfois, ils résultent expressément de la loi, comme éléments de fait par la présupposition desquels est conditionnée la validité du vouloir des personnes publiques; dans d'autres cas, aussi fréquents, ils peuvent se déduire des principes fondamentaux relatifs au processus de formation de la volonté de la personne juridique et à la nécessité des connexions entre cette volonté et la destination essentielle de chaque personne publique. Or, ces motifs présupposés (expression abrégée pour indiquer les motifs dont l'existence, dans un cas concret, conditionne le vouloir), ces motifs présupposés, comme on l'a dit pour tous les actes en général, « transcendent » les motifs et s'intègrent à la cause, en tant que la protection juridique que la loi accorde à la volonté n'est pas donnée purement et simplement, mais avec la présupposition des éléments, dont l'inexistence ou le vice supprimerait le fondement logique et juridique de l'acte, ou pour le moins en changerait de façon substantielle les caractères et la fonction. De même que, en droit privé, la *causa adquirendi, donandi,* etc., renferme en soi la présupposition d'événements déterminés, inséparable de la nature de l'acte, de même en

(9) Op. cit., p. 154.

droit public la cause de chaque acte renferme en soi la présupposition de ces éléments, sans l'existence et la perfection desquels la loi n'aurait pas accordé de protection juridique à la volonté du sujet. »

Ainsi, si nous comprenons bien, c'est en constituant l'élément présupposé de l'acte que les conditions de fait ou de droit, comme d'ailleurs les fins d'intérêt public auxquelles les actes sont soumis, prendraient valeur juridique. Eléments antécédents de l'acte, comme d'ailleurs éléments subséquents ne peuvent être confondus avec la cause. Celle-ci est, en effet, toujours le but immédiat de l'acte, et ce but, c'est toujours l'intention de constituer, de modifier ou de détruire un rapport de droit. Comme il a été dit plus haut, la cause de la mesure disciplinaire, c'est l'intention de punir. Mais les éléments de fait ou de droit de l'acte, comme le principe de l'intérêt public prennent cependant leur place dans l'acte en tant qu'éléments présupposés. C'est évidemment une théorie à allure très subjectiviste et on peut comparer le rôle joué par la présupposition à celui que jouent les motifs dans la théorie de la cause en droit privé. On sait que pour une certaine école, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chaque partie est la contre-prestation fournie par l'autre partie (10). Les motifs individuels n'entrent pas en ligne de compte ; cependant, lorsqu'ils ont été en quelque façon essentiels, lorsqu'ils ont notamment été communs aux deux parties, ils entrent « dans la sphère contractuelle » et prennent valeur juridique en s'intégrant dans la cause. Il semble que ce soit de la même façon ici, que les motifs présupposés puissent venir « investir » — suivant le sens littéral du texte cité — la cause.

Au fond, quel est le sens général de cette théorie de la présupposition ? Il semble, nous l'avons dit,

(10) V. *infra*, 3e partie, Introduction.

que cette explication soit extrêmement subjectiviste. On verra que le grand problème de la cause en droit administratif, c'est d'organiser les relations entre la réalité objective et les actes administratifs. Or, dans cette explication, les antécédents de l'acte ne prennent valeur juridique, comme d'ailleurs l'idée d'intérêt public, que par une présupposition de leur existence à la validité de la volonté. Si les événements ne sont pas réalisés tels qu'ils étaient présupposés, l'acte ne doit pas avoir effet, puisque cela ne correspondrait pas à la volonté réelle de son auteur. Ainsi, la réalité objective des faits ne prend valeur juridique que parce qu'elle a été « présupposée » par l'agent; l'acte juridique, en droit public comme en droit privé, trouve sa justification dans la volonté de l'agent.

Or, dans la suite, notre effort s'attachera à marquer le rôle différent des éléments subjectifs en droit public et en droit privé, et à établir notamment une relation directe — indépendante de la volonté de l'agent — entre les antécédents de l'acte et cet acte. Sans qu'il soit besoin d'une critique spéciale pour cette théorie, les raisons que nous croyons avoir de la rejeter découleront directement de ces considérations futures.

Section II

Les théories de la cause-intérêt public.

Il est normal que, en recherchant la cause parmi les éléments téléologiques de l'acte, on soit tenté d'identifier la cause avec l'intérêt public défini d'une certaine façon.

Il y a d'assez nombreuses variantes d'ailleurs dans l'exposé de cette théorie. La plupart des auteurs partent de l'analyse de l'acte juridique, et il en résulte des divergences quant à la façon de définir l'intérêt public, but immédiat ou but médiat de l'acte. Mais ces divergences n'offrent pas un grand intérêt pour

nous. Ce qui est plus intéressant, c'est de voir quelle forme revêt l'intérêt public, en tant que cause des actes administratifs. Il semble bien qu'il ne conserve pas un aspect vague et général, mais qu'il se présente comme un but concret et objectif que doit atteindre l'acte.

C'est ainsi que Vitta (11) écrit : « L'acte administratif... prend tout naturellement son appui sur l'utilité publique, et il est de doctrine courante que chaque catégorie d'actes administratifs a sa cause dans un certain aspect particulier de l'utilité publique que le législateur a déterminé. Ainsi la cessation de service du fonctionnaire peut survenir tantôt pour motif de service et tantôt pour faute disciplinaire; dans le premiers cas, la cause est la raison de service; dans le second, la répression de la faute. Cammeo, le premier, a formulé le principe que, en ce sens, tous les actes administratifs sont catégorisés et doivent par suite correspondre à une catégorie déterminée de l'utilité publique. » On voit que pour cet auteur ce n'est pas un intérêt public entendu de façon générale qui constitue la cause de l'acte administratif, mais un intérêt public concret. Il est d'ailleurs curieux de relever l'appel fait à la notion de catégorie, qu'il faut rapprocher de ce que dit, à ce sujet, le Doyen Hauriou. Mais pour M. Vitta, la catégorie serait fondée, non sur le « fait déterminant » (comme pour Hauriou), mais sur un « aspect particulier de l'utilité publique ». Nous aurons l'occasion d'ailleurs de voir que ces deux points de vue sont plus proches l'un de l'autre qu'on ne pourrait le croire.

M. Bodda, qui repousse, par des arguments trop longs à donner ici, les théories classiques de la cause-intérêt public donne une formule intéressante des relations de la cause et de l'intérêt public.

(11) Vitta, *Diritto amministrativo*, I, p. 85.

M. Bodda (12) distingue dans l'acte de droit public trois éléments essentiels: le but vers lequel tend l'Administration publique, une manifestation volontaire de celle-ci, l'intervention de l'ordre juridique assurant à l'acte son efficacité de droit.

La cause, naturellement, s'identifie avec le but. Or, le but doit toujours ressortir à l'intérêt public. Il faut d'ailleurs, dit l'auteur, distinguer l'intérêt public objectif du mobile occasionnel et subjectif. Ce dernier est sans influence sur l'acte, du moment que l'acte a une cause d'intérêt public. La cause consiste dans le « but concret vers lequel tendent les organes administratifs dans l'exercice de leur activité, c'est-à-dire dans la réalisation des intérêts publics donnés. »

Notons en passant que M. Bodda se refuse à faire entrer parmi les éléments téléologiques essentiels de l'acte les motifs « présupposés » à l'acte, c'est-à-dire pratiquement les éléments de fait ou de droit antécédents de l'acte. Comment donc le droit en tient-il compte ? L'auteur admet la théorie de la présupposition sur ce point; ces éléments influencent l'acte, en ce sens que leur existence est nécessaire pour induire l'autorité administrative à exprimer sa manifestation de volonté, mais ils n'en sont pas partie intégrante en ce sens qu'ils n'ont pas de rapport avec la cause. D'ailleurs, M. Bodda se sépare de la théorie de la présupposition, sur tous les autres points du problème : il se refuse, en effet, à voir la cause dans le but immédiat, dans l'intention de créer, modifier, ou détruire un lien de droit. Ainsi, dit-il, la cause juridique de la révocation d'un fonctionnaire n'est pas l'intention de détacher ce fonctionnaire de l'Administration (comme le voudrait la théorie de la présupposition), mais l'intention de maintenir la bonne marche du service, menacée par une faute. La sortie du service est l'effet de l'acte et non sa cause.

---

(12) Op. cit., p. 43.

Il ne nous est pas possible d'entrer dans de longs développements sur la conception de M. Bodda, et notamment sur les modifications qu'elle apporte aux théories habituelles de la cause intérêt public. Il faut cependant noter que ces modifications résident plutôt dans l'agencement entre les divers éléments de l'acte, que dans des différences dans la définition de l'intérêt public.

D'ailleurs, les conclusions auxquelles M. Bodda arrive et les précisions qu'il donne sur divers points de la théorie de la cause sont des plus intéressantes. Par exemple, il examine la question de savoir s'il y a des actes abstraits, c'est-à-dire sans cause. Il n'y a pas, dit l'auteur, d'actes qui puissent, en droit administratif, poursuivre une autre fin que l'utilité publique, mais il y a des cas où l'intérêt public n'est pas défini de façon précise. Ainsi l'utilité publique qui peut servir de base à l'appréciation peut être d'ordre sanitaire, esthétique, financier, etc. C'est dans la mesure où l'administration possède un certain pouvoir de détermination sur ces fins d'intérêt public que l'on peut — mais dans cette mesure seulement — parler d'actes administratifs abstraits. Pour le règlement (13), M. Bodda en voit la cause dans l'intérêt public, mais défini par la norme juridique supérieure, et ceci bien que le règlement soit assez différent des actes administratifs ordinaires. Mais la règle de l'intérêt public domine tout le champ du droit public et s'applique au règlement : celui-ci a pour cause l'intérêt public, tel que le définit la norme juridique du degré supérieur.

Signalons les très curieuses observations de l'auteur sur le contrat collectif de travail (sous sa formule italienne naturellement), où M. Bodda voit un acte dans lequel l'aspect réglementaire de droit public l'emporte sur l'aspect contractuel du droit privé. La

(13) P. 65.

conséquence de cette prédominance du droit public, c'est que l'acte aura sa cause dans l'intérêt public, qui se définit ici comme « l'intérêt supérieur » de la production.

Nous avons eu le souci, dans ces analyses, de mettre en lumière bien plus les traits communs, les grandes tendances, que les divergences. Celles-ci ne sont d'ailleurs pas toutes de détail et touchent à des problèmes fort importants de droit privé et de droit public (14). Cependant, cet examen n'aura pas été inutile parce qu'il pose le problème des rapports nécessaires de la cause et de l'intérêt public. Nous allons encore voir un exemple de ces théories de la cause intérêt public, mais cette fois non plus chez un auteur italien, mais dans une thèse de droit administratif français.

APPENDICE

La conception de M. Belin.

En conclusion de sa très intéressante thèse sur la *Notion d'utilité publique en droit administratif français* (15), M. Belin place un chapitre intitulé : « La notion d'utilité publique, cause juridique de l'acte administratif ».

C'est d'un effort de synthèse que procède la conception ainsi définie. La notion d'utilité publique est la base de nombre de solutions contentieuses, obtenues par des procédés techniques différents. Ne pour-

---

(14) Indépendamment des ouvrages cités, cf. sur la question de la cause en droit administratif italien :

Pappalardo, *L'eccesso di potere amministrativo e la giurisprudenza del Consiglio di Stato* dans *Studi in occasione del centenario* (du Conseil d'Etat Italien), II, 429.

Forti, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, For., It., 1932, III, 89.

Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*.

Raggi, *Diritto amministrativo*, pp. 207 et suiv.

(15) J. Belin, Recherches sur la notion d'utilité publique en droit administratif français. *Th. Paris*, 1933.

rait-on pas tenter d'unifier ces solutions diverses en faisant appel à l'idée de cause ? Cette notion ne peut-elle pas ramener à l'unité des procédés techniques divers (théorie de l'erreur de fait, théorie des motifs) ? Or, cette cause de l'acte administratif doit s'identifier avec l'utilité publique qui constitue le substratum unique des solutions jurisprudentielles. C'est ainsi que l'auteur est amené à examiner s'il n'y a pas identité en droit administratif entre la cause et l'utilité publique. Passons sur une appréciation un peu déconcertante, d'après laquelle la théorie des motifs déterminants de M. Jèze se ramènerait à celle de la cause. Passons aussi sur ce que dit M. Belin de la cause en droit privé, bien qu'on puisse lui reprocher de méconnaître quelque peu les divergences de la doctrine et les hésitations de la jurisprudence.

En tout cas, l'auteur pense qu'on peut parfaitement, et même qu'on doit appliquer au droit public la notion de cause (16). En droit privé, la notion de cause est liée à celle de contrat, et ceci peut faire douter de son application possible à l'acte unilatéral du droit administratif. Cependant, il importe de remarquer que la cause du droit privé n'a pas purement un aspect contractuel et spécialement ne se confond pas totalement avec la notion d'équivalence (17). Et M. Belin remarque que les auteurs les plus attachés à confondre cause et motifs ont dû cependant, en droit privé, faire leur place aux idées d' « intérêt général, d'ordre public, de protection sociale », en un mot de *finalité*. Si donc la cause doit être recherchée du côté des idées de but, de fin, « aucune impossibilité n'existe à transporter l'idée de cause hors des situations contractuelles dans un droit de commandement comme le droit administratif. » Ceci apparaît avec une évidence éclatante si l'on observe que la finalité est une notion permanente du droit. M. Belin montre le rôle joué par cette idée

(16) Pp. 257 et suiv.
(17) V. *infra*, 3e partie, Introduction.

depuis le droit romain jusqu'à nos jours. Il montre notamment, indépendamment du mouvement finaliste juridique, dont Ihering fut un des plus illustres représentants, comment le droit administratif français s'est, dès la seconde moitié du siècle dernier, orienté vers la finalité. C'est le « but administratif » de Laferrière, c'est la « loi générale non écrite » de Michoud, sans parler de tout l'effort des contemporains, notamment de Duguit et d'Hauriou.

Permanence de l'idée d'utilité publique dans le contentieux, permanence de l'idée de but dans le droit; telle est donc la base du raisonnement qui aboutit pour l'auteur à la formule : « la cause d'un acte administratif est l'utilité publique. » D'ailleurs, l'utilité publique revêt des formes multiples suivant l'angle sous lequel on l'envisage : ce peut être par exemple le « bien du service », ou telle autre forme.

Mais M. Belin rencontre au cours de ces déductions une constatation qui semble aller à leur encontre, et cette constatation, c'est précisément l'existence de la jurisprudence de la cause. Il n'apparaît pas, sauf analyse contraire, que cette jurisprudence soit une mise en œuvre de l'idée de but. Comment concilier ce fait brut avec les déductions *a priori* relatives au concept de but? M. Belin aborde la question de front sans chercher à minimiser les divers arrêts relatifs à la cause, sans chercher non plus à montrer qu'ils sont une mise en œuvre de l'idée de but. Il résout la difficulté en reprenant la vieille distinction entre la « cause efficiente » et la « cause finale ». Dans certains cas, le « motif doit être envisagé avant l'acte et n'est plus projeté dans l'avenir »; ce sont des cas de « cause efficiente », et c'est à de semblables hypothèses que correspondent les arrêts où la jurisprudence emploie le mot de « cause ». Ainsi la cause en droit administratif aurait deux aspects : l'aspect téléologique (la cause-but) et l'aspect efficient, mais dans les deux cas se confondrait avec l'utilité publique.

Ainsi le système de M. Belin se présente essentiellement comme un essai de synthèse entre la conception téléologique de la cause identifiée avec l'intérêt public et la conception jurisprudentielle qui fait de la cause un antécédent. C'est là le principal intérêt de sa théorie et aussi — à notre avis — son plus grave défaut, parce que l'auteur n'explique pas ou n'explique pas suffisamment comment la directive de l'utilité publique se traduit tantôt dans l'ordre des éléments téléologiques et tantôt dans l'ordre des éléments antécédents. Ainsi nous apercevons déjà les réserves et les critiques qu'il faudra adresser à cette explication, le moment venu. D'ailleurs, elle omet également de nous dire pourquoi dans la jurisprudence administrative, le mot « cause » a toujours le sens de cause efficiente et jamais celui de cause finale.

Mais ce sont là autant de questions qu'il conviendra de se poser en conclusion de cette étude lorsque, parvenu à édifier une théorie de la cause sur les données jurisprudentielles, nous nous demanderons comment doivent s'organiser les inévitables rapports entre la notion de cause et celle d'intérêt public. A ce moment-là, il conviendra de montrer la part de vérité et la part d'inexactitude qu'il y a dans toute formule assimilant la cause de l'acte administratif à l'utilité publique ou à l'intérêt public (18).

(18) V. *infra*, 4e *partie*, ch. 1er.

TROISIÈME PARTIE

Étude critique et essai d'une théorie de la cause en droit administratif français.

INTRODUCTION

Le problème de vocabulaire posé par l'emploi de la notion de cause.

Il n'est pas exagéré de dire que le problème de la cause, en droit administratif, est, au premier abord, un problème de vocabulaire. Nous disons : au premier abord, et non au premier chef, c'est-à-dire que la difficulté de vocabulaire qui vient la première dans l'ordre chronologique n'est pas la difficulté essentielle dans l'ordre logique. Mais elle représente une position de discussion qu'il faut aborder et réduire, avant de passer aux positions essentielles. Si la science est une langue bien faite, il faut examiner, en premier lieu, dans cette étude critique, quel est le sens du problème posé par l'utilisation du terme de cause en droit public.

La difficulté de vocabulaire que nous étudions est, *grosso modo,* la suivante : d'une part, nous avons vu se développer dans le contentieux administratif une notion appelée cause par le Conseil d'Etat lui-même, notion dont a essayé plus haut de dégager le sens. D'autre part, il existe, dans le droit privé, et peut-être même dans la théorie générale du droit, une notion appelée cause, qui est actuellement inscrite dans notre code et dans les codes étrangers. Comment convient-il dès lors d'aborder le problème posé de façon générale par l'utilisation de la cause en droit administratif ? Deux méthodes peuvent être conçues : ou bien,

partant du contentieux, on va s'efforcer de déterminer les contours de la notion née dans la jurisprudence administrative; on va examiner quelles sont ses possibilités d'extension. La méthode paraît acceptable, mais elle présente un danger certain : c'est qu'elle risque de nous amener à une conception de la cause fondée sur une équivoque de vocabulaire; après le Conseil d'Etat, nous risquons de nommer d'un vocable commode une technique spéciale au contentieux administratif, et qui n'a, avec la notion générale de cause qu'une parenté purement verbale. Que si, au contraire, adoptant la seconde méthode, et partant d'une définition générale de la cause — en admettant qu'elle soit possible — on essaie de retrouver dans le droit administratif la notion correspondante à celle de la cause en droit privé, les difficultés ne sont pas moindres. D'abord, y a-t-il *une notion* de la cause en droit privé, et la théorie de la cause ne se caractérise-t-elle pas au contraire par les discussions qu'elle fait naître ? N'y a-t-il pas même une école qui proclame son inexistence ? Ensuite, ne risque-t-on pas d'arriver à une théorie entièrement distincte des données du contentieux administratif? On risque, dans cette seconde méthode, d'aboutir à une construction qui appellerait « cause » une notion que le Conseil d'Etat appelle tout autrement et qui refuserait au contraire cette dénomination à ce que la jurisprudence appelle cause ! Résultat bien peu satisfaisant qui n'aurait pour effet que de bouleverser le vocabulaire, sans expliquer la jurisprudence.

D'ailleurs, il faut voir dans le schéma qui vient d'être tracé une systématisation assez simple du problème posé par le choix entre les deux méthodes. En vérité, aucune de ces deux méthodes ne peut exister à l'état pur. Il est impossible, en effet, dans la première méthode, d'étudier la notion de la cause dans son aspect jurisprudentiel, en oubliant le sens qu'a le mot cause en droit privé. Si le Conseil d'Etat a fait appel à ce vocable, c'est apparemment en raison de

son sens juridique général : lorsque l'on discute de la cause des arrêts Trépont ou Lefranc, c'est toujours avec l'arrière-pensée qu'il existe une théorie générale de la cause; il suffit de lire les pages que M. Bonnard, par exemple, consacre à la question pour s'en rendre compte. Dans la seconde méthode, il est pratiquement impossible de négliger la jurisprudence au profit d'une analyse juridique *in abstracto*.

Peut-être même sont-ce ces interférences entre les deux méthodes qui rendent possibe une solution. Il faut poser *a priori* que la cause, dans le vocabulaire du Conseil d'Etat, ne peut pas être un concept entièrement libéré de tout son sens juridique de droit privé; il peut être différent de la notion technique de cause en droit civil, mais par quelque point il doit rejoindre la théorie du droit privé. Et, il faut aussi admettre que les incertitudes, les aspects divers de cette dernière traduisent, non pas tellement les divergences doctrinales qu'une réelle variété dans la notion même de cause, variété qui laisse ouverte la possibilité d'une synthèse sur un plan supérieur. Ainsi, peut-être, existe-t-il, à côté du dilemme qui semble brutalement posé une méthode permettant d'éliminer la difficulté de vocabulaire soulignée. Cette méthode, on peut essayer de la dégager de la façon suivante : d'une part, il convient de se reporter aux diverses tendances du droit privé en la matière; d'autre part, d'indiquer dans quel sens semble s'être développé le contentieux administratif. Après cet examen, on pourra sans doute donner une méthode générale de recherche permettant de tenir compte des deux facteurs du problème.

Section I

Les diverses tendances de la théorie de la cause en droit privé.

Disons tout de suite qu'il ne s'agit pas ici de décrire, même à larges traits, l'histoire de la cause et de ses

théories. Il s'agit tout au plus d'indiquer à quelles tendances très générales ont obéi les différents théoriciens et la jurisprudence en droit privé. Si certaines théories sont plus particulièrement rappelées, c'est parce qu'elles semblent plus représentatives de ces tendances. Mais il faut délibérément renoncer à retrouver ici l'image de la très riche littérature que la notion de cause a inspirée en droit privé.

Le droit romain et l'ancien droit.

Il ne semble pas que le droit romain ait eu une notion une de la cause, et M. Capitant indique quatre sens principaux qu'elle aurait revêtus à Rome (1). Si l'on se réfère au droit des contrats, l'ancien droit romain ignore la cause parce que la théorie de la cause n'a rien à faire dans un droit où il n'y a que des contrats formels et abstraits (2). C'est dans la mesure où le droit se dégage du formalisme que la théorie de la cause peut apparaître. Dans la tradition qui est un mode de transfert de la propriété moins formaliste que la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, on vit apparaître la nécessité d'une *justa causa*. C'est, à l'origine, selon M. Girard (3), « le fait juridique » qui motive la tradition, et par la suite, c'est l'intention d'aliéner elle-même. D'ailleurs, les textes ne sont pas très explicites (et ils sont parfois contradictoires) quant au sens à donner à la *justa causa*. Il est inutile, pour nous, d'entrer dans un exposé détaillé du rôle de la

---

(1) H. Capitant, *De la cause des obligations*, 1923, p. 112. Selon M. Capitant, les quatre sens les plus usuels auraient été les suivants :

1° La cause efficiente de l'obligation, c'est-à-dire l'*acte juridique* qui lui donne naissance. (Gaïus, fragment, I. D. 44 de ob. et act. Ulpien, D., 12. 1., de reb. cred., 9 pr.);

2° *Le fait nécessaire* pour donner force obligatoire aux conventions synallagmatiques autres que les contrats consensuels, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation de l'une des parties;

3° En matières de libéralités, l'*animus donandi*, et même le simple motif;

4° Enfin, le but visé par celui qui accomplit l'acte.

(2) Cf. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 485.

(3) P. 317.

cause dans les divers actes juridiques du droit romain. Rappelons simplement ses principales applications : c'est dans la matière des contrats formels, la théorie des *condictiones sine causa*, qui paralysent les effets du contrat formellement valable. C'est pour le *mutuum, la querela non numeratæ pecuniæ* qui permet au débiteur de s'affranchir de l'obligation de restituer les deniers prêtés, si le prêteur ne fait pas la preuve du versement des deniers. C'est pour le pacte de constitut, le principe que l'existence d'une dette antérieure est la cause du pacte, et une condition de sa validité. Dans les contrats innommés, c'est l'introduction de la théorie de la résolution pour inexécution du cocontractant (*condictio ob causam datam, causa data non secuta*). Dans la matière des libéralités, on sait comment la cause s'identifie avec l'*animus donandi* dans les donations, et s'apparente, au contraire, aux motifs dans les testaments..

Si l'on essaie de caractériser ces diverses applications de l'idée de cause, et si l'on met à part la matière des libéralités, il semble que la cause romaine soit essentiellement une notion objective. Sans doute, l'idée de but y est-elle incluse, mais dans un tout autre sens que le sens moderne. Qu'est la cause dans le *mutuum ?* C'est un fait matériel : la remise des deniers. Et dans le constitut ? C'est un fait juridique objectif : l'existence d'une créance. Dans les contrats innommés, M. Capitant note que cette objectivation de la cause va si loin que la cause se confond avec l'objet; « les mots *causa* et *res* sont employés indifféremment l'un pour l'autre. » Enfin, dans l'hypothèse des *condictiones,* la cause apparaît le plus souvent comme un procédé destiné à assurer l'équivalence dans les prestations. L'idée même qui est à la base de ces *condictiones* est curieuse. Si l'on en croit M. Girard, « celui qui se trouve retenir sans cause une chose venant d'autrui, est débiteur de la restitution, y est obligé *re,* ce qui explique le fondement de la *condictio.* » La cause est donc considérée comme un

élément objectif et réel légitimant la validité de la possession. Sans doute y a-t-il en germe dans les applications de la cause en droit romain, toute la théorie à caractère subjectif que nous retrouverons dans le droit moderne; sans doute l'idée de but n'est-elle pas absente de cette théorie. Mais le but est toujours simple et se réfère immédiatement à des faits objectifs et souvent la cause se rapporte au passé, c'est-à-dire à l'ordre des faits réalisés et objectifs, comme dans le cas du *mutuum*, comme dans la *condictio causa data, causa non secuta*. L'élément le plus subjectif de la théorie, c'est, avec quelques hypothèses de cause illicite, la théorie des libéralités. Mais la formule administrative, la cause « fait déterminant » pourrait valoir partiellement pour la théorie romaine. Ainsi nous apparaît une idée que nous verrons de développer par la suite : c'est que la conception objectiviste de la cause et la conception subjectiviste ne sont pas radicalement différentes entre elles; elles peuvent avoir une racine commune, et historiquement, il semble que ce soit vrai. Nous voyons en droit romain naître une notion de la cause dont le caractère est mixte : il est objectif par certains côtés; la cause peut être un fait matériel ou un fait juridique; il est subjectif par d'autres : ce peut être une intention. Ce peut même être un motif subjectif. Ainsi déjà, en droit romain, se dessinent les deux pôles entre lesquels peut osciller la théorie de la cause (4).

Il serait sans intérêt de retracer ici les vicissitudes de la notion de cause dans l'ancien droit français. Il faut cependant noter au passage la naissance de la distinction entre la cause impulsive et la cause finale, telle que les postglossateurs l'ont tracée. A la cause-prestation qui donne au pacte sa force obligatoire

(4) Une intéressante discussion est faite de la portée des textes romains et du contre-sens que (d'après l'auteur) DOMAT aurait commis à leur égard dans la remarquable thèse de M. Jean DABIN, *La théorie de la cause*, Liège, 1919, pp. 14 et suiv.

dans le texte célèbre d'Ulpien, Bartole oppose la cause finale. Ainsi, petit à petit, si l'on en croit M. Capitant (5), la cause finale va supplanter la notion romaine de la cause civile. C'est vers le subjectivisme que déjà incline la théorie de la cause; la cause va se confondre avec le but, assimilation qui n'était pas totalement réalisée par le droit romain. Il est impossible également de passer sous silence l'œuvre de Domat qui, dans ses *Lois civiles*, va tracer, à grands traits, la théorie dont s'inspireront les commentateurs du Code civil, notamment en posant que, dans les conventions synallagmatiques « l'engagement de l'un est le fondement de l'engagement de l'autre ».

La théorie classique de la cause.

Mais arrivons tout de suite au droit actuel. Au lendemain de la codification du droit civil, qui avait consacré la notion de cause en droit privé, les divers commentateurs du Code donnèrent de la cause une théorie, inspirée de Domat, théorie assez cohérente pour constituer, à travers la diversité des auteurs un corps de doctrine. C'est ce qu'on appelle la théorie classique de la cause (6).

Elle part d'une définition assez vague de la cause, mais à tendances nettement subjectivistes. La cause n'est pas dans le monde extérieur, mais dans la pensée du sujet de droit. Merlin la définit : « Le motif qui porte à contracter. » Zachariæ : « La cause juridique qui a déterminé la partie à contracter. » Enfin, Demolombe, serrant de plus près sa pensée, définit la cause comme « le but direct et immédiat », c'est-à-dire la cause finale de l'obligation elle-même. Ainsi, bien que distincte en principe du motif, la cause a un caractère subjectif, au moins en partie. Mais ce qui vient limiter ce caractère subjectif, c'est l'application

(5) *Op. cit.*, pp. 139 et suiv.

(6) Cf. par exemple : Merlin, *Questions de droit.* V° *Cause des obligations.* Toullier, Code civil, art. 1131. Aubry et Rau, Demolombe, etc.

que les auteurs font de cette notion, application où l'on voit subsister un certain caractère objectif hérité sans doute du droit romain.

Il convient de distinguer deux hypothèses très différentes quant au contenu de la notion de cause : les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux. Dans les contrats synallagmatiques, les auteurs reprennent la formule de Domat. Dans ces conventions, l'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre. L'exemple classique est celui de la vente où l'obligation de l'acheteur de payer le prix, a pour cause l'obligation du vendeur de livrer la chose. Dans les contrats unilatéraux, une sous-distinction s'impose entre les contrats à titre onéreux et les libéralités. Pour les contrats onéreux, le prêt d'argent par exemple, on se trouve le plus souvent dans des hypothèses de contrats réels. Dans le cas du prêt par exemple, la cause réside dans le fait de la remise de deniers, comme si l'on admettait que le contrat se forme *re* à l'instar du droit romain. Dans certaines hypothèses où l'obligation a sa source, non dans une prestation, mais dans une obligation précédente, cette dernière est la cause de l'obligation nouvelle. Ainsi dans l'exemple que donne M. Josserand, l'engagement signé par un héritier au profit d'un légataire a pour cause l'obligation mise à la charge du premier par le testament. Enfin, dans les libéralités, la cause réside dans l'*animus donandi*, c'est-à-dire dans l'intention libérale elle-même.

Tel est l'aspect général de la théorie classique de la cause; ses caractéristiques sont faciles à dégager. La plus importante de toutes pour notre étude, c'est, incontestablement, le fait que la cause est, comme le dit M. Josserand (7), une « valeur constante et abstraite » de l'acte juridique et est, de plus, liée à une certaine « catégorisation » des contrats.

---

(7) Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, p. 150.

Voici ce que nous voulons dire : un des pivots de cette théorie est la distinction de la cause et du motif subjectif. Le motif subjectif est personnel à chaque individu et varie avec lui. Au contraire, la cause dans la théorie classique est un élément constant comme forme et comme contenu pour chaque type de contrat. Sans doute, part-on, pour définir la cause, d'une donnée foncièrement subjective et psychologique : celle du but. La cause, c'est le but défini d'une certaine façon. Or, le but est un élément psychologique, donc subjectif; il fait partie, suivant l'expression d'un auteur, du *moi* du sujet. Mais la façon dont ce but est défini a pour effet de généraliser et d'objectiver cette notion, au moins de façon partielle. Au lieu de poser le problème du *cur debetur in concreto*, et de laisser à chaque obligation son aspect particulier, la théorie classique élève tout de suite la notion de cause à la généralité. Au lieu de prendre chaque sujet de droit en particulier et de rechercher ses pensées subjectives, elle prend un type idéal et moyen d'humanité et fixe *a priori* les buts que son activité va poursuivre: dans la vente ce sera tel but; dans le louage, tel autre. C'est, au premier chef, une théorie qui rationalise l'activité contractuelle des individus. Et cet effort de rationalisation aboutit à donner un schéma de la vie contractuelle qui découpe celle-ci en catégories. Nous aurons l'occasion de retrouver la liaison en droit public de la notion de cause et de celle de catégorie; elle n'est pas moins nette dans cette théorie de droit privé. A chaque catégorie de contrat, correspond une certaine cause, idéalement déterminée. On peut dire que la cause et la catégorie se déterminent réciproquement. La catégorie envisagée indique immédiatement à quelle sorte de cause on a affaire; et réciproquement, la cause pourra indiquer à quelle catégorie correspond le contrat. Ainsi, le critère fondamental de la distinction entre l'acte à titre gratuit et l'acte à titre onéreux, c'est la cause : c'est-à-dire l'*animus donondi;* ainsi on voit la cause déterminer la catégo-

rie juridique de l'acte. De la même manière, le prêt est « catégorisé » par la remise des deniers. Ceci confère à la notion de cause un caractère objectif indéniable : elle est fixe et donnée sitôt connue la catégorie de l'acte, et vice-versa. En soi, le but reste un élément subjectif de l'acte; mais dans la réalité juridique, il est objectif, puisqu'il est déterminé en dehors des volontés individuelles, par le jeu d'une volonté type idéale. Les sujets de droit ne créent pas la cause : ils la choisissent entre diverses catégories d'actes possibles.

La portée de cette constatation nous semble fort grande. Il est intéressant de relever, ne fût-ce que comme un « moment », dans l'évolution d'une théorie la liaison entre la cause et la catégorie. Pour chaque catégorie, une cause, et pour chaque cause une catégorie. C'est le principe mis en lumière par le Doyen Hauriou en droit administratif; il n'est pas indifférent de relever qu'il a été vrai au moins un moment en droit privé.

On voit quelle est la structure générale de la théorie « classique » de la cause. C'est une théorie d'allure « rationaliste » qui substitue au but subjectif pensé par le sujet concret un but rationnel pensé par un sujet idéal. Par cet aspect, elle est objectiviste. Elle l'est aussi par sa construction du monde contractuel en catégories. Mais déjà, par la place qu'elle fait au but, par la tentation qu'elle suggère de substituer au but rationnel et idéal, une notion individuelle et concrète, par la résistance que le principe d'autonomie de la volonté oppose aux catégories juridiques, elle ouvre la voie au subjectivisme et aux utilisations très larges que la jurisprudence va faire de l'idée de cause.

Les anticausalistes.

D'ailleurs, cet élargissement de la notion de cause va tenir pour la doctrine à une double raison : d'une part, la jurisprudence l'a très hardiment précédée dans cette voie, et a, quoi qu'en dise M. Capitant, inté-

gré les motifs, au moins en certains cas, à la théorie de la cause; d'autre part la critique s'est exercée sur la notion de cause et a prétendu même l'anéantir (8).

Sur ces critiques des anticausalistes, il faut passer rapidement; si elles n'ont pas convaincu la majorité des auteurs, elles ont eu du moins le mérite de provoquer, en réponse à leurs reproches, des modifications à la théorie classique dans le sens d'un affinement de cette théorie. Les arguments mis en avant par les anticausalistes au premier rang desquels il faut, en France, mettre MM. Timbal et Planiol, et, en Belgique, M. Dabin, sont bien connus. Argument d'ordre logique : les deux obligations dont la naissance est simultanée ne peuvent, dans un contrat synallagmatique, se servir réciproquement de cause, car le rapport de la cause à l'effet suppose une antériorité de la première. Argument d'ordre pratique : dans les contrats synallagmatiques la cause contre-prestation se confond avec l'objet du contrat; dans les libéralités, dire que la cause est l'*animus donandi*, c'est laisser échapper un truisme et peut-être une naïveté.

A ces objections, il a été répondu d'une façon qui nous semble pertinente. Il suffit de renvoyer sur ce point, pour ne citer que les ouvrages les plus récents, aux livres de M. Capitant et de M. Josserand (9).

---

(8) M. Capitant fait remonter à la brochure d'Ernst, parue en 1826, les attaques contre la cause (Liège, 1826).

Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVI, n° 111.

Timbal, De la cause dans les contrats et les obligations. *Thèse de Toulouse*, 1882.

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II.

Séfériades, Etude critique sur la théorie de la cause, *Thèse Paris*, 1897.

Dabin, La théorie de la cause, *Thèse Liège*, 1919 (rééditée récemment).

(9) Josserand, *op. cit.*, p. 150. Capitant, *op. cit.*, p. 29.

Cf. également Maury, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, *Thèse Toulouse*, 1920, 2 vol., I, pp. 35 et suiv. M. Maury démontre que les anticausalistes « supposent la cause en la niant ».

L'impression d'ensemble est que la critique anti-causaliste s'est heurtée à des nécessités qui sont dans la nature des choses. Dans le domaine des libéralités, il est évident que la cause identifiée avec l'*animus donandi* considéré à l'état pur, et indépendamment des motifs concrets, n'était pas viable, mais qu'elle devenait une notion utile, voire indispensable sitôt que l'on entrait dans la voie déjà indiquée par la jurisprudence : le contrôle des mobiles. Dans le domaine des contrats synallagmatiques, la cause s'avérait irremplaçable, car son rôle était d'exprimer l'essence même du rapport contractuel : à savoir, l'interdépendance des deux obligations nées du contrat. Or, cette notion essentielle au contrat synallagmatique, c'est la cause qui l'exprime le mieux, et si on ne l'utilise pas, on doit s'abandonner à des considérations bien plus complexes et bien moins intelligibles.

Néanmoins, ces critiques amenèrent un nouvel examen des idées classiques sur la matière, examen qui aboutit à un rajeunissement de la notion de cause. La théorie fut modifiée, complétée, affinée, et les divers auteurs firent jaillir tout le sens et toute la complexité de la cause dans ce travail. La tendance générale semble être dans l'abandon de ce que la théorie classique renfermait encore d'objectif : de plus en plus, la cause tend à être un certain état psychologique concret. La jurisprudence est engagée dans cette voie; M. Capitant et M. Josserand représentent cette tendance à des degrés divers. Cependant, il faut signaler une théorie très nuancée et qui semble tenir compte, mieux que tout autre, de la complexité organique de l'idée de cause : c'est celle soutenue par M. Maury dans son ouvrage sur *La notion d'équivalence*. Mettant en lumière le rôle joué par cette dernière, M. Maury s'éloigne un peu du subjectivisme pur et simple; par ailleurs, il donne de la cause une explication synthétique que nous retrouverons dans les conclusions de ce travail.

La conception de M. Capitant.

M. Capitant (10) part d'une définition de la cause par le but. Avec les auteurs classiques, il maintient la distinction entre la cause et le motif, mais en y introduisant un correctif essentiel: c'est que le motif prend une valeur juridique sitôt qu'il s'intègre dans le *but commun* poursuivi par les parties à un contrat synallagmatique.

Si l'on examine, en effet, la matière des contrats synallagmatiques, on s'aperçoit que M. Capitant maintient dans ses données essentielles la théorie classique, au moins en apparence. Pour lui, la cause doit traduire l'interdépendance des obligations. Il est vrai qu'il modifie la formule ordinaire : pour lui, il est inexact de dire que « l'obligation de chaque contractant a pour cause l'obligation de l'autre. » Il faut dire que « dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour. » (11) Néanmoins, cette définition nouvelle ne transforme pas dans son essence la théorie classique. Ce qui demeure dans les contrats synallagmatiques, c'est que la cause est un élément « invariable » pour chaque type de contrat donné. Il semble donc que soit maintenu le caractère objectif et catégorique de la théorie classique de la cause. Or, il n'en est rien malgré les apparences, et ceci à raison du tempérament que M. Capitant apporte à ces idées. Il est, en effet, tout un domaine d'application de la cause dans lequel la jurisprudence semble avoir dépassé l'idée d'une cause « invariable » et avoir pénétré sous le couvert de l'article 1131 dans le domaine des motifs : c'est la mise en œuvre de la notion de cause illicite. On voit la jurisprudence

(10) *Synonymie des mots, but et cause dans le langage juridique*, op. cit., p. 9.

(11) Pp. 29 et 31. Sur la valeur de la modification ainsi apportée à la théorie classique, cf. Josserand, *op. cit.* p., 143.

frapper de nullité une série de contrats, tels que les prêts faits en vue du jeu, les ventes ou louages devant permettre ou faciliter l'exploitation de maisons de tolérance. Cette jurisprudence est surabondamment connue (12), et on l'explique très souvent en disant — avec une nuance de désapprobation ou d'acquiescement, suivant les auteurs — que la jurisprudence confond la cause avec les motifs. En effet, dans une vente de meubles destinés à une maison de tolérance, la cause contre-prestation existe indubitablement et n'a rien d'illicite; il semble que toute l'immoralité du contrat soit concentrée dans les motifs.

M. Capitant approuve les décisions qui annulent semblables conventions, mais se refuse à y déceler une confusion de la cause et des motifs (13). Il fait remarquer que, dans les hypothèses où la jurisprudence annule, elle le fait parce que la destination immorale du contrat a été connue *des deux parties,* qu'elle a été « directement prise en considération » par les cocontractants. Elle est sortie du domaine des motifs individuels pour pénétrer dans le cercle contractuel. « La fin économique poursuivie a été si étroitement associée au but juridique lui-même qu'il n'est pas possible de les distinguer. » En admettant que cette explication soit parfaitement convaincante, il n'en reste pas moins que nous voici loin de la rigidité des formules primitives de la cause contre-partie. Sans doute, l'essence du contrat synallagmatique est-elle dans la réciprocité des obligations, et la cause demeure-t-elle « la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation omise en retour », mais voici que cette volonté peut se « colorer » d'une intention économique commune. Elle peut varier de ces différentes « colorations »; elle n'est plus invariable pour chaque caté-

---

(12) Elle est très abondamment exposée dans les manuels et dans les ouvrages qui traitent de la cause. Ajoutons à ces livres l'ouvrage de M. Ripert sur *La Règle morale.*

(13 Capitant *op. cit.*, pp. 208 et suiv., spécialement p. 233. Cf. également p. 11.

gorie; elle s'enrichit de toutes les pensées subjectives que l'intention commune des parties peut y introduire. Que ce ne soit pas là une véritable prise en considération des motifs, peu importe; ce qui est essentiel — pour nous, s'entend — c'est que l'on a dépassé le stade de la cause toujours identique et liée aux catégories contractuelles; au but rationnel du sujet de droit idéal se substitue le but concret d'un sujet de droit réel. Ainsi, l'objectivisme primitif est-il déjà loin; c'est vers un subjectivisme certain que s'oriente la théorie.

Dans la matière des libéralités, la même évolution se marque de la théorie classique à celle de M. Capitant. L'analyse de l'éminent auteur distingue tout d'abord entre les actes purement gracieux et ceux « qui sont accomplis en vue d'un but déterminé, connu comme une fin dont le moyen est l'intention libérale. » (14) Laissons ces derniers de côté pour alléger la discussion et n'envisageons que les actes purement gracieux. Sans doute pour ceux-ci la cause de l'acte demeurè-t-elle l'*animus donandi* pur et simple. Mais à la théorie classique, M. Capitant, devant la jurisprudence, doit apporter des « tempéraments ». En certains cas, les mobiles s'associent si étroitement à l'*animus donandi* qu'ils en sont inséparables, et que leur illicéité ou leur immoralité provoquera la nullité de la donation ou du legs (15). On n'est plus devant l'*animus donandi* abstrait et incolore, toujours identique à lui-même pour la catégorie des libéralités, ainsi que le concevait la théorie classique, mais devant un *animus donandi* concret et que viennent, en certains cas, nuancer les mobiles.

De cet exposé rapide et incomplet certes, nous croyons donc pouvoir dégager une observation qui n'est pas inexacte : la théorie de la cause, telle que la construit M. Capitant, s'engage délibérément dans la

(14) *Op. cit.*, p. 426.
(15) P. 482.

voie du subjectivisme. Comme la théorie classique, elle part du but; mais elle estompe — la jurisprudence l'y oblige — le contour des catégories que dessinait la théorie classique. Le but devient un élément subjectif, individuel du contrat; en certains cas, les mobiles peuvent venir le « colorer ». Chaque contrat peut donc acquérir une individualité quant à sa cause : le moi du sujet de droit a le rôle essentiel dans la création de la cause du contrat, qui est de moins en moins déterminée *a priori* par une construction catégorique, et de plus en plus par les volontés individuelles, ainsi que le veut d'ailleurs la logique du principe d'autonomie de la volonté.

La conception de M. Josserand.

Cette orientation vers le sujectivisme est encore plus sensible si l'on se reporte aux idées qu'émet M. Josserand sur la cause dans son ouvrage sur *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*. Avec beaucoup de bonheur, M. Josserand prend comme point de départ la constatation que « la notion de cause condense et cristallise à peu de chose près tous les éléments d'ordre psychologique qui se retrouvent dans le contrat et plus généralement dans l'acte juridique. » (16) Il remarque aussi — et ceci est important pour nos conclusions futures — que la cause et l'objet s'opposent comme « s'opposent le monde extérieur et le monde interne, le *moi* et le *non-moi*. » « Il faut être causaliste », dit le savant auteur, après avoir examiné et réfuté les arguments des adversaires de la cause et montré le rôle irréductible de cette notion dans le droit; mais ceci posé, il se sépare bien plus largement que M. Capitant de la théorie classique de la cause. Profondément convaincu de l'aspect téléologique du droit, il se refuse à réserver toute la valeur juridique à l'intention immédiate des parties dans un contrat, indépendamment des mobiles

(16) Josserand *op. cit.*, p. 141.

qui ne s'intègrent pas à la cause. Au but immédiat, ne faut-il pas ajouter, dans une théorie de la cause, le but ultime « qui dépasse l'opération et par rapport auquel celle-ci n'est qu'un moyen » ? Ainsi, dit-il, on enrichirait la cause d'un nouveau champ d'application « aussi vaste que fertile », peut-être même renouerait-on une tradition de l'ancien droit par dessus l'exégèse du Code civil (17). A son avis, la jurisprudence s'est déjà engagée dans cette voie. En matière de libéralités, elle a dépassé l'idée de la cause identifiée avec l'*animus donandi* abstrait, et elle a construit la théorie de la cause impulsive et déterminante. Dans le contrôle qu'elle exerce sur les libéralités entre concubins ou à l'égard des enfants adultérins, elle accorde une valeur juridique éminente au mobile, et non pas seulement à un *animus donandi* abstrait qui, en soi, ne saurait jamais être illicite. De même dans les contrats à titre onéreux annulés pour cause illicite (prêts en vue du jeu, contrats relatifs aux maisons de tolérance), la jurisprudence intègre à la cause le but ultime ou les mobiles des parties. A cette constatation, il faut apporter cependant une restriction : la recherche des mobiles va moins loin dans les contrats à titre onéreux que dans les libéralités. Elle se restreint aux « mobiles concrets » de l'acte, « ceux qui ont commandé à l'acte même dont il s'agit, à l'exclusion de ceux qui ont simplement déterminé la partie à contracter, en principe et *in genere*. » A ces derniers, on réserverait le nom de motifs ou même, suivant la terminologie de Duguit, de *motifs impulsifs* (18).

Ainsi la théorie classique de la cause est dépassée, et de loin, et M. Josserand oppose lui-même les caractéristiques de la conception nouvelle à celles de la théorie classique. Identifiée aux mobiles extrinsèques à l'acte, la cause est « individuelle et varie à l'in-

(17) Pp. 158 et suiv.
(18) Pp. 212 et 213.

fini » ; elle est bien loin ainsi de la fixité de la cause catégorique classique. Pour le même type de contrat, la cause pourra revêtir mille aspects différents. Elle est personnelle aux contractants, elle est créée et non plus « choisie » par eux.

Ainsi, dans cette conception, s'évanouit le dernier reste d'objectivisme qui subsistait dans celle de M. Capitant. Sans doute, malgré l'autorité de son auteur, n'est-elle pas universellement admise, et une grande partie de la doctrine maintient-elle la distinction entre la cause et les motifs (ou mobiles) mais cependant elle semble être bien dans la ligne de la jurisprudence, et par ailleurs les considérations émises par M. Josserand sur l'aspect téléologique de la vie juridique viennent la renforcer. Il est juste de noter pourtant que la grande difficulté à laquelle elle semble venir se heurter est la suivante : quelle est la limite à tracer dans la recherche des mobiles ? Où s'arrêtera le juge dans l'investigation du for intérieur des individus ? Cette limite est indispensable, et son incertitude constitue une grave objection à la conception de M. Josserand. Telle quelle cette dernière nous intéresse particulièrement : elle représente la pointe extrême du subjectivisme dans la théorie juridique de la cause. On pourrait dire que pour elle la cause est « un état d'âme ».

La notion d'équivalence. — Les idées de M. Maury.

Néanmoins, tous les auteurs de droit privé ne se sont pas rangés à ce subjectivisme absolu. Il subsiste, au moins dans les contrats synallagmatiques, une notion qui semble ne pas se ramener à un pur et simple élément psychologique : c'est la notion d'équivalence. Et si, abandonnant le terrain des contrats, on se place sur celui de l'enrichissement sans cause, la parenté entre la notion de cause et celle d'équivalence apparaît encore plus nettement. Reste à définir, bien entendu, cette équivalence, mais *a priori*, elle apparaît comme un élément bien plus objectif que le

mobile ou même le but des parties. Cette tendance est très sensible dans les idées qu'expose par exemple M. Louis Lucas dans sa thèse (19). Opposant cause et consentement, l'auteur écrit : « La cause, c'est un élément matériel, une valeur économique qui, pénétrant d'un patrimoine dans un autre, apparaît comme la base de justice objective capable de fonder l'obligation de celui qui s'est enrichi et d'en déterminer le montant.

« Le consentement, c'est un élément psychologique, c'est une manifestation de volonté de celui qui s'oblige, qui, tendant vers un certain but, apparaît comme la base de justice subjective, suceptible de fonder son obligation et d'en déterminer le montant. » (20) Et ailleurs (21) : « la cause est une donnée objective, indépendante de toute appréciation. » Ainsi, la cause est conçue comme l'élément économique de l'obligation. La place manque pour exposer les idées de M. Louis Lucas, dont le système paraît intéressant, à raison de sa rigueur même. Il est à craindre pourtant que cette systématisation ne soit excessive et bien éloignée de la jurisprudence [que l'auteur laisse d'ailleurs délibérément de côté] (22).

Le même reproche ne saurait assurément être fait aux conceptions exposées par M. Maury dans son ouvrage sur *Le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*. Le savant professeur y expose une conception à la fois extrêmement rigoureuse et logique, mais qui épouse intimement les méandres de la jurisprudence judiciaire. Il n'est pas de notre dessein de rappeler ici les conclusions très diverses auxquelles arrive l'auteur sur des points très importants de droit privé, mais de mettre en lumière les rapports qu'il

---

(19) Louis LUCAS, Volonté et cause, *Thèse Dijon*, 1918.

(20) P. 7.

(21) Pp. 122 et suiv.

(22) Cf. la critique que M. MAURY fait de cette théorie. MAURY, *op. cit.*, t. II, pp. 441 et suiv.

établit entre l'idée de cause et l'idée d'équivalent. Nous ne saurions négliger non plus les pages finales où la corrélation entre la notion de cause et le sentiment de la justice est établie et précisée.

Etudiant tout d'abord la notion d'équivalence en matière contractuelle, l'auteur montre sa liaison intime avec l'idée de cause. Sans doute, y a-t-il deux conceptions qui semblent s'opposer en matière de cause. D'une part, dans la conception « subjective », la cause d'identifie avec le « mobile dont le droit tient compte ». D'autre part, dans la la conception objective, la cause, c'est « la raison d'être économique de l'obligation, c'est-à-dire l'équivalence de deux prestations. » (23) Or, ces deux points de vue sont loin d'être irréductibles, et dans une analyse très nuancée, l'auteur le montre bien. D'une part, en effet, la valeur d'échange qui sert à apprécier l'équivalence est en partie une donnée psychologique (24), moins objective donc, qu'elle ne paraît au premier abord. D'autre part, dans le contrat, le mobile essentiel, c'est la considération de l'équivalent. « Il y a donc, conclut M. Maury, deux façons d'envisager la question; il n'y a pas deux questions. On peut surtout s'attacher au rôle de la volonté : c'est la valeur d'usage, l'équivalence subjective que l'on considèrera; on peut, de préférence, parler de l'équité réelle, matérielle des prestations, c'est l'équivalence objective, la valeur d'échange. » En définissant la cause, par l' « équivalent voulu », on rend un compte exact du caractère à la fois objectif et subjectif de cette notion.

A cette définition que M. Maury vérifie par l'étude successive des obligations naturelles, des donations

---

(23) *Op. cit.*, I, pp. 29 et suiv.

(24) « Des estimations de la valeur subjective faites par les individus isolés partent des milliers de fils de liaison qui vont à la valeur objective d'échange des marchandises, et qui, de cette dernière, reviennent aux estimations subjectives de valeur des individus. Il y a là une mosaïque sociale composée avec un matériel d'anciennes estimations subjectives de valeur fondées sur l'utilité. » Böhm-Bawerk., *Revue d'Ec. Pol.*, 1894, p. 533, cité par MAURY, *op. cit.*, I, p. 31.

avec charges, des contrats aléatoires, des contrats commutatifs, consensuels et réels, des vices du consentement, etc., deux objections semblent pouvoir être faites : la première, tirée des contrats à titre gratuit (où il ne saurait être question d'équivalent), la seconde tirée de la théorie de la cause illicite qui semble étrangère, elle aussi, à la notion d'équivalence.

Analysant le contrat purement gratuit (25), M. Maury déclare que ce qui le caractérise, c'est précisément « l'absence d'un équivalent économique ». On ne peut guère parler pour les donations que d'un *équivalent moral.* Mais, précisément, le propre de ce genre d'équivalence, c'est d'être purement subjective : l'équivalent moral s'identifie avec le but « extra-économique » que poursuit le donateur. Pour les libéralités, « la cause c'est le motif déterminant » (26).

Telle est la réponse à la première objection que l'on pourrait faire à l'idée d'équivalence : elle est moins une réfutation qu'une mise au point, et montre admirablement que la notion d'équivalence (comme l'auteur le dit plus loin) n'est pas elle-même un principe, mais la traduction économique d'un principe.

Pour l'objection tirée de la jurisprudence de la cause illicite, voici la réponse que fait M. Maury. Tout d'abord, l'idée d'équivalence peut expliquer cette jurisprudence lorsque dans un contrat synallagmatique une obligation a une cause illicite, à raison de l'illicéité de l'objet etde l'obligation correspondante, ou de sa mise hors du commerce (27). En revanche, il faut reconnaître que l'idée d'équivalence n'explique pas une part, la plus importante de la jurisprudence de la cause illicite, c'est-à-dire toute celle qui a trait à l'illicéité des motifs du contrat (contrats relatifs à des maisons de jeu ou de tolérance, courtage matrimonial). Dans ce dernier cas, la cause est le but commun voulu ou le résultat que les parties ont

(25) I, pp. 39 et suiv., et pp. 207 et suiv.
(26) I, p. 233.
(27) I, p. 244.

prévu (28). La notion de cause se développe ici dans le sens d'une protection sociale et non plus individuelle. L'idée d'équivalence est un des aspects de la notion de cause; elle ne l'absorbe pas dans son entier. Nous renvoyons à la citation que nous faisons en note et qui constitue le résumé de la pensée de l'auteur (29).

---

(28) I, p. 256.

(29) Voici cette citation qui constitue le résumé de la pensée de M. MAURY sur la cause en matière contractuelle : « La cause de l'obligation conventionnelle, c'est le motif dont le droit tient compte, soit dans un intérêt d'équité, avec pour but de protéger la personne qui s'oblige, soit dans un intérêt social pour atteindre tout acte contraire à la loi au aux bonnes mœurs; la législation française prend en considération, non pas la volonté simplifiée, la volonté abstraite, mais la volonté complexe, la volonté causée. Il reste à déterminer ce qu'est celle-ci, les motifs qui entrent dans le cercle juridique. Mais il est clair que ce cercle peut être plus ou moins grand, les limites d'investigations tracées au juge, plus ou moins reculées, suivant qu'il s'agira de protection individuelle ou de protection sociale. Du premier point de vue, l'obligé est suffisamment protégé si on lui assure, dans un contrat intéressé, l'équivalent économique voulu, en considération duquel il s'oblige et l'équité est satisfaite puisqu'il ne donne pas sans recevoir, puisqu'un enrichissement correspond à son appauvrissement, puisqu'il y a vraiment échange; s'il y a libéralité, que caractérise et différencie l'absence voulue d'équivalent économique à l'obligation du disposant, il est indispensable que celui-ci atteigne le but poursuivi, que son motif principal déterminant soit exact; sa volonté doit être respectée, et elle ne l'est vraiment que si l'on ne fait pas abstraction de sa raison psychologique.

« Le problème est, du point de vue social, différent : la question est bien de savoir de quel motif tient compte, pour apprécier l'acte qui est soumis au tribunal, la conscience sociale moyenne. Nous avons répondu : du motif déterminant du donateur ou testateur, du but commun des contractants ou du résultat certain, donc supposé prévu du contrat.

« Nous arrivons à des définitions particulières, différentes de la cause. Elles ne sont que l'application d'une définition plus générale : la cause est le motif dont le droit tient compte; celle-ci n'est que la conséquence d'un principe fondamental du droit français : c'est à la volonté causée, non à la volonté abstraite qu'il faut donner effet. Il y a notion unique à la base : la jurisprudence n'a fait plus ou moins nettement que la développer.

« C'est par le terrain psychologique qu'on est venu à l'économique : l'idée d'équivalence qu'imposait, sauf volonté contraire de l'obligé, la nécessité de compenser l'appauvrissement de celui-ci, s'est introduite et développée par le canal de la volonté : nous avons noté l'importance de celle-ci dans un précédent chapitre; nous avons noté son

Si maintenant on passe à la notion d'équivalence en matière extra-contractuelle (30), M. Maury examinant toute une série d'institutions juridiques qui se rattachent à l'enrichissement sans cause montre le rôle joué par la notion d'équivalence. Si nous laissons de côté les très intéressants problèmes de droit privé traités par M. Maury, indiquons cependant qu'il assigne à la notion d'enrichissement sans cause un double rôle : elle est créatrice de figures juridiques; par ailleurs — et ceci nous intéresse de très près — « elle est l'instrument par lequel se réalise contre la technique la réaction de l'équité. » (31)

Ces développements amènent M. Maury à formuler en conclusion de son étude une théorie de la cause.

Notion de cause dans les contrats — à titre onéreux ou gratuit — dans les testaments, dans les diverses formes de l'enrichissement sans cause, la notion de cause revêt des aspects sans cesse changeants. Et M. Maury est amené à se demander quel est le substratum identique sous les formes changeantes de la cause (32).

Traitant de droit privé, il se place sur le terrain du commerce juridique de droit privé. Il y a des patrimoines dont la consistance ne doit pas varier *sans raison*. « C'est, dit M. Maury, l'application au monde juridique du principe d'inertie qui régit le monde physique. » Il est vrai — et c'est nous qui exprimons cette idée implicitement incluse, croyons-nous, dans la pensée de M. Maury, que ce principe revêt un aspect spécifiquement juridique, c'est-à-dire que c'est sous

---

recul devant l'idée d'équilibre objectif. Celle-ci pénètre de plus en plus la notion de cause; elle n'est pas la cause; elle n'est pas toute la cause.

« La cause, dans les libéralités, c'est le motif déterminant du disposant. La cause dans les contrats intéressés, c'est, du point de vue individuel, l'équivalent économique voulu, du point de vue social, le but commun ou le résultat prévu. »

(30) T. II.

(31) Cf. t. I[er], Introduction.

(32) Cf. (ainsi que pour les citations suivantes), MAURY, II, p. 448,

un aspect *justificatif*, qu'il va se présenter, sous la forme d'une référence à une loi de valeur : « La cause, c'est la force qui *justifie*, d'un patrimoine à un autre, un déplacement de valeur. » Mais de quelle nature est cette justification ? Affirmant avec force que le droit est « certainement un phénomène psychologique », M. Maury évoque avec raison les idées de M. Gény sur « la nécessité d'un substrat de justice ou d'utilité sociale qui assure au droit une *base rationnelle*. » Et M. Maury complète sa précédente formule de la manière suivante :

« La cause est la force qui justifie, pour la conscience sociale, un déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre. »

Comment donc expliquer la conciliation de cette notion de la cause avec le principe de l'équivalence? Simplement parce que les exigences de la conscience sociale dans le domaine économique sont satisfaites lorsque est assurée la conformité des échanges à ce principe.

Reprenons encore une fois — car rien ne vaut ici les formules de l'auteur lui-même — une définition synthétique de M. Maury.

« La justification d'un déplacement patrimonial, donc la cause, est toujours sa conformité à la justice telle qu'elle résulte du sentiment des honnêtes gens; seulement les affirmations de la conscience collective variées dans le domaine moral, irréductibles à l'unité, peuvent, dans l'économique, se ramener à un seul principe : le principe de l'équivalence, celui-ci en prend une valeur particulière, tend à l'autonomie; il n'y a pas à cela d'inconvénient pratique, mais il faut savoir qu'il n'est que corollaire. »

Et, plus loin, l'auteur conclut finalement : « Elle (la cause) est toujours la traduction juridique d'un principe supérieur d'équité : elle réalise dans le droit la justice commutative, forme vivace et puissante de la justice éternelle. » Il reste encore à savoir comment, arrivé à ce point de la synthèse, l'auteur explique la

traduction de ce principe supérieur par le procédé technique de la cause. Dans la matière de l'enrichissement sans cause, cette traduction est immédiate et directe, et le rôle de l'équité y est, sans beaucoup d'explications, perceptible. Dans la matière des contrats, la traduction est moins directe. Le principe de l'autonomie de la volonté qui place la justification des déplacements de valeur dans la volonté permet de dire que la « volonté est cause ». Mais cette volonté est juridiquement saisie *in concreto,* c'est-à-dire dans ses mobiles, et plus spécialement sous l'aspect du mobile déterminant. Or, dans le domaine économique, c'est-à-dire celui des contrats intéressés, il n'y a pas de volonté de se dépouiller sans contre-partie (comme dans les libéralités) : l'exigence du mobile se traduit par l'équivalence. Ceci justifie la formule finale de M. Maury. « La cause, c'est le mobile déterminant qui, dans le domaine économique, s'intègre dans la notion d'équivalence. »

Il est évident que pour saisir toute la subtilité et la force de cette démarche intellectuelle ainsi résumée, il faut se reporter à l'ouvrage lui-même. Nous avons voulu seulement montrer comment M. Maury ordonne ces divers éléments toujours présents dans le problème de la cause, mais si difficiles à démêler entre eux : aspect psychologique de la cause (théorie des motifs), aspect économique (notion d'équivalence), aspect moral (idée de justice). S'il est permis d'avouer des préférences, sans en donner des raisons détaillées, disons que cette conception de la cause nous paraît très près de la vérité. Mieux que la construction un peu systématique de M. Capitant; mieux, à l'inverse, que la théorie un peu vague de M. Josserand, M. Maury rend compte à la fois de la multiplicité des aspects de la cause et de son unité foncière. Nous aurons l'occasion de revenir sur la relation qu'il établit entre l'idée de justice et la notion de cause.

Du point de vue qui nous occupe, quelle tendance révèle cette théorie ? Elle comporte une part certaine

d'objectivisme par le rôle qu'elle assigne à l'équivalence, élément partiellement extra-psychologique. Mais elle en limite la portée: l'équivalence n'est qu'un aspect des nécessités psychologiques dans le domaine économique. « La cause, c'est le mobile déterminant. » Et de ce subjectivisme foncier, M. Maury donne la raison : *c'est le principe de l'autonomie de la volonté,* traduction des nécessités de la justice en droit privé (33). En même temps que cette explication nous fixe sur les tendances invincibles du droit privé, elle nous marque leurs limites. *Il n'y a de coïncidence fatale entre la cause et l'élément psychologique de l'acte que dans un système fondé sur l'autonomie de la volonté.* Voilà ce que nous pouvons retenir pour le moment de ces idées; et voilà qui va nous aider à faire un choix entre les méthodes qui s'offrent à nous dans une étude de la cause en droit administratif, en nous mettant en défiance contre une définition *a priori* de la cause, conçue fatalement comme un motif ou un but, dans un système juridique où il n'y a pas d'autonomie de la volonté.

Section II

L'opposition entre les conceptions civilistes de la cause et la conception possible en droit administratif : la méthode à suivre.

Il serait faux de dire que, en droit civil, toute trace d'objectivisme ait disparu de la théorie de la cause. Dans la théorie de M. Capitant, il reste une trace de la « cause catégorique » des premiers commentateurs du Code; dans celle de M. Maury le rôle joué par la notion d'équivalence assure une certaine objectivité à la mise en œuvre de la cause. Mais le fond de ces théories est radicalement subjectiviste. Elles partent d'une définition psychologique ou téléologique de la cause : c'est toujours le but ou le motif défini d'une

(33) II, p. 451.

certaine façon. Et pour suivre plus intimement les contours des volontés individuelles autonomes, on abandonne les schémas tracés pour chaque catégorie de contrats en considération d'un sujet de droit idéal, pour pénétrer dans la conscience concrète des individus. Cette tendance reçoit son épanouissement complet dans les conceptions de M. Josserand. En face de cette tendance du droit civil, quelle est la position possible d'une théorie de la cause en droit administratif ?

Deux remarques s'imposent à nous :

D'une part, dans la jurisprudence administrative, il s'est produit un divorce entre la notion de cause et celle de but. Nous renvoyons sur ce point aux conclusions de notre première partie (34). La conception jurisprudentielle de la cause est essentiellement objectiviste. Elle se distingue de toute théorie des buts ou des motifs par des caractères que nous avons indiqués : elle est sanctionnée par la violation de la loi, elle organise, d'autre part, un contrôle des éléments objectifs de l'acte, c'est-à-dire des éléments, non pas pensés ou conçus par les auteurs des actes, mais tels qu'existant objectivement dans la réalité. Au surplus, en essayant une critique des vues du Doyen Duguit, nous reviendrons sur cette idée (35).

La cause en droit administratif, la cause telle que la révèle la jurisprudence, ce n'est pas un but subjectif, ce n'est pas un motif, c'est une situation objective qui, dans une mesure qui reste à préciser, détermine objectivement l'acte. Ceci apparaît à l'examen de la jurisprudence et sera mis totalement en lumière dans les pages qui suivront. Mais il en résulte un divorce entre les conceptions civilistes de la cause et la conception possible telle qu'elle résulterait de la jurisprudence administrative. Faut-il donc abandon-

(34) Cf. *supra*, 1re partie, ch. v.
(35) *Infra*, chapitre suivant.

ner cette dernière à ses errements et construire, à partir de l'idée du but ou des motifs, une théorie administrative de la cause, inspirée du droit civil? Faut-il — *a priori* — souscrire à l'observation de M. Capitant: « Dans le langage juridique, cause et but sont synonymes ? »

Or — et ceci fait l'objet de notre seconde remarque — le droit administratif n'est pas sans renfermer une théorie du but ou des motifs. L'aspect téléologique de l'acte de droit public est bien connu de la jurisprudence et des auteurs, et il se traduit — au moins de façon générale — dans la construction du détournement de pouvoir. La théorie des buts ou des motifs a inspiré de nombreux auteurs, et elle a pénétré à un tel point dans le droit administratif que bon nombre d'auteurs ne croient pas que le détournement de pouvoir constitue un autre type d'ouverture que la violation de la loi ou le vice de forme. Ainsi l'aspect téléologique de l'acte administratif ferait partie intégrante des éléments strictement légaux de l'acte. Ceci montre à quel point cette jurisprudence du détournement de pouvoir s'est incorporée à la doctrine administrative. Il est par ailleurs inutile de rappeler la place qu'elle tient dans la pratique du Conseil d'Etat et le rôle qu'elle joue. Mais si la cause doit être fatalement identifiée au but, une théorie de la cause en droit administratif ne peut être qu'une systématisation du détournement de pouvoir. Et, répétons-le encore une fois, c'est sur ce terrain que se placent naturellement les auteurs qui traitent *a priori* du problème de la cause en droit public. Mais la question, ainsi conçue, se transforme du tout au tout en se ramenant à une théorie du but. Dans l'étude que l'on peut en faire, la partie la plus neuve serait le parallèle entre la théorie des buts imposés à l'Administration et la théorie de l'autonomie de la volonté en droit privé. A ce sujet, remarquons d'ailleurs que le parallèle classique n'est pas entre le détournement de pouvoir et la théorie de la cause en droit privé, mais

entre le détournement de pouvoir et la théorie de l'abus des droits. Donnons, en passant, la sommaire explication suivante qui nous semble exacte : c'est que le détournement de pouvoir est la négation de l'autonomie de la volonté en droit administratif; or, ce qui correspond le mieux à une limitation de l'autonomie de la volonté en droit privé, c'est, bien mieux que la théorie de la cause, la théorie de l'abus des droits.

Quel que soit l'intérêt de ces divers points de vue, il y aurait un inconvénient majeur à vouloir retrouver à toute force la notion de cause dans le détournement de pouvoir. Cet inconvénient serait de tenir pour nul et non avenu le vocabulaire employé par le Conseil d'Etat et de passer à côté du problème très réel qui subsiste pourtant; pourquoi, dans la jurisprudence, détournement de pouvoir et cause sont-ils étrangers l'un à l'autre ? Par ailleurs, cet oubli de toute une partie du problème n'aurait qu'un avantage : celui de satisfaire à une *identification a priori* entre la cause et le but. Et si cette identification se révélait fausse à l'analyse? Si le but n'était qu'un des aspects de la notion de cause? Hypothèses peut-être hasardeuses, mais que rien ne permet *a priori* d'écarter.

Que nous a révélé le rapide examen fait plus haut des diverses tendances de la théorie de la cause en droit privé ? Une multiplicité d'aspects frappante, une variété et une richesse de conceptions pouvant aller de l'objectivisme au subjectivisme, une diversité propice à la fois à la confusion et aux efforts de synthèse les plus hardis. Déjà nous avons pu entrevoir, en étudiant les idées de M. Maury, le plan supérieur sur lequel peut s'unifier la diversité des diverses conceptions de la cause. Ainsi — si l'on peut emprunter ce vocabulaire à un célèbre philosophe — la notion de cause n'est pas une notion « close », « fermée », mais au contraire largement « ouverte ». Pourquoi, *a priori*, l'enclore dans l'idée de but? Les possibilités

de synthèse qui nous sont révélées par la richesse de cette idée atténuent grandement le dilemme qui s'offrait à nous au début de cette Introduction. Sa rigueur est diminuée par le fait que choisir une voie de recherches n'exclut pas l'espoir de rejoindre l'autre.

Pour nous, nous choisissons la voie qui nous semble la plus riche et la plus largement ouverte aux possibilités d'investigations, en même temps que la plus proche des directives jurisprudentielles. Sans aucune espèce d'idée *a priori*, nous prendrons la notion de cause telle que nous l'avons dégagée de la jurisprudence. Mais nous examinerons la valeur des critiques dirigées contre elle, l'exactitude des idées auxquelles elle fait appel, ses possibilités d'extension; enfin, s'il y a lieu, nous essaierons d'en donner une construction systématique. C'est donc du contentieux que nous partirons; mais ceci ne veut pas dire que nous nous bornerons à une systématisation pure et simple du contentieux : une fois définies les directions générales de la notion ainsi retrouvée par la jurisprudence, nous ne nous interdisons ni de la compléter, ni surtout de l'étendre aux hypothèses auxquelles le juge ne l'a pas étendue.

Tel est notre premier et plus gros travail : donner un essai de théorie à la cause, à partir des données jurisprudentielles.

Notre seconde tâche sera de rechercher les synthèses possibles et nécessaires. Y a-t-il, en droit public, une antinomie nécessaire entre la cause et le but? Sous quelle notion unique peut-on ordonner ces deux éléments? Enfin, quel est le sens de la cause en général? Y a-t-il unité finale entre les notions de droit privé et celles du droit public? Quelle est la « fonction de la cause » ?

Ainsi se définit notre méthode : partir des données positives de la jurisprudence, mais réserver la possibilité de sortir du plan purement contentieux pour faire œuvre de synthèse.

CHAPITRE PREMIER

L'utilité et la valeur de la notion de cause en droit administratif.

On a déjà eu l'occasion de noter à plusieurs reprises que l'emploi de la notion de cause dans la jurisprudence administrative, et *a fortiori* les tentatives de systématisation doctrinale de ces données jurisprudentielles, avaient rencontré un accueil extrêmement réservé chez les auteurs de droit administratif français. La plupart se refusent à donner au texte des arrêts du Conseil d'Etat une autre signification que celle d'une commodité de vocabulaire. En des cas où selon ces auteurs, son vocabulaire traditionnel eût résolu les questions sans les obscurcir, la Haute Assemblée a préféré faire usage d'une notion vague et moins précise, et ceci pour des raisons qui ne s'imposaient pas. Une espèce d'erreur passagère du Conseil d'Etat, au surplus minime, et ne portant que sur l'emploi d'un mot, voilà pour nombre d'auteurs à quoi se résume la question de la cause en droit administratif.

Il est bien évident que nous pensons tout autrement, et nous avons déjà dit l'essentiel de nos raisons : l'appel à la notion de cause s'est produit dans des cas de déficience des techniques traditionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir; cette notion a donc assumé une fonction que ne pouvait pas assumer, ou qu'assumaient moins bien les anciens procédés. Nous ne revenons pas là-dessus; nous avons

justifié, croyons-nous, notre point de départ et nos méthodes. Ce que nous voulons entreprendre dans ce chapitre, c'est de nous placer en face des objections faites à l'utilisation de la cause en droit administratif et d'en essayer la réfutation, au moins dans la mesure où les auteurs les ont exprimées sous une autre forme que sous celle d'allusions imprécises. Cette réfutation, il faut l'entreprendre, croyons-nous, d'une façon synthétique. Il eût été fastidieux de se livrer, pour chaque auteur, à une discussion en règle, parce qu'il y a entre les divers adversaires de la cause en droit administratif un certain fond d'idées communes, et surtout parce que là où leurs idées ne sont pas absolument communes, on retrouve du moins certaines parentés d'argumentation qui permettent de classer sous une même rubrique des objections émanant de divers auteurs.

La discussion sur la notion de cause se réfère à deux ordres d'idées assez différents. Il y a une argumentation présentée sur ce que l'on pourrait appeler le plan pragmatique et une argumentation — infiniment plus riche d'ailleurs — présentée sur le plan logique. Autrement dit, à la transposition de la cause en droit public, on oppose une objection d'ordre préliminaire, avant toute discussion sur l'exactitude ou l'inexactitude de la notion proposée, objection qui se débat sur ce que nous avons appelé le plan pragmatique. Cette argumentation préliminaire ne mérite d'ailleurs pas le nom d'objection : elle n'en est que l'ombre, et les auteurs qui en font usage s'empressent d'ailleurs de l'étoffer par une discussion portée sur le vrai terrain de la question. Mais il faut préciser cette objection, qui est souvent sous une forme diffuse, et l'ayant ainsi serrée, montrer son néant.

Cette objection consiste à dire que la notion de cause est une notion vague, imprécise, qu'elle est la source d'une série interminable de discussions en droit privé, et que son introduction en droit adminis-

tratif ne ferait qu'apporter de la confusion dans la technique de ce droit. Pour tout résumer d'un mot emprunté à un auteur éminent, c'est une notion « malencontreuse ». Elle a provoqué dans la doctrine civiliste des discussions scolastiques, une perturbation extraordinaire dans des idées simples, un obscurcissement des notions claires, et enfin un divorce entre la doctrine et la jurisprudence, toutes choses dont le droit administratif n'a nul besoin. Que l'on tienne donc soigneusement à l'écart cette notion dangereuse.

On voit qu'il s'agit là bien plus de la mise en forme d'un préjugé ou d'un parti-pris que d'une véritable raison logique. Aussi ne discuterons-nous pas longuement. Que si l'on arguait de l'utilité ou de l'inutilité de la théorie de la cause, nous serions en face d'une position qui mérite que l'on s'y attarde, car le problème de l'utilité est déjà le problème de la vérité, dans la technique du droit. Mais ce n'est même pas à ce point de vue-là que nous avons affaire. La conception qui fait de la cause une notion « dangereuse », à raison même des discussions qu'elle fait naître, est radicalement fausse, car la vérité et l'utilité d'une conception ne sont pas fonctions de la plus ou moins grande quantité de discussions qu'elle soulève. Bien plus, on pourrait soutenir sans paradoxe que c'est la profondeur et la richesse de certains concepts qui sont la source des difficultés nées autour d'eux. Peut-être l'obscurité prétendue, ou plutôt la complexité de la notion de cause, n'est-elle faite que de sa variété et de sa vérité. Tout cela est tellement évident qu'il serait vain d'y insister. Sans doute, à utilité égale, et à exactitude égale, vaut-il mieux adopter des notions unanimement reconnues que des notions litigieuses; mais *a priori* il est impossible de dire qu'une notion est « dangereuse ». Elle est exacte ou inexacte, utile ou inutile, et c'est tout.

D'ailleurs, cette évidence est telle que les auteurs qui ont mis cette objection en avant ne s'y arrêtent pas et après ce sacrifice fait à une espèce de tradition,

portent la discussion sur son véritable terrain : La cause, en droit administratif, est-elle une notion exacte ou inexacte ? Est-elle une notion utile ou inutile ?

Sitôt donc abandonné ce terrain peu solide, comment se présente sur ce que nous appelons le plan logique la discussion de la cause ? Remarquons que les anticausalistes ne peuvent guère s'attaquer à une doctrine fixée (en dehors des notes du Doyen Hauriou), mais bien plutôt à une jurisprudence. Toute leur argumentation va donc s'attacher à démontrer que la cause est une notion *inutile*, partant *inexacte*, puisque toute la prétendue jurisprudence de la cause *peut très bien s'expliquer sans faire appel à cette notion.*

Mais cette thèse elle-même est loin d'être extrêmement nette. Nous avons souligné — et par le plan même de cette étude — que la notion de cause avait ses racines contentieuses dans la jurisprudence de l'examen du fait, dont elle constitue une branche nouvelle. Le résultat de cette circonstance, c'est que — sauf Duguit — aucun auteur n'aborde la théorie de la cause du point de vue de la pure structure de l'acte juridique administratif. Pour la plupart des auteurs, le débat se situe sur un plan très voisin de celui de l'examen du fait. Or, il est peu de questions aussi obscures en droit administratif, et nous avons dit partiellement pourquoi.

Les premières erreurs qui, à la suite d'une illusion sur les parentés de la cassation civile et du recours pour excès de pouvoir, avaient abouti à faire de la distinction du fait et du droit le centre du problème de l'examen de fait, sont aujourd'hui dissipées. C'est sur son vrai terrain, celui du pouvoir discrétionnaire et de l'indépendance de l'Administration, que le problème est porté.

Mais les difficultés techniques n'ont pas disparu : adaptation de la règle des ouvertures à la règle du

partage des compétences, nécessité d'expliquer le lien qui unit l'acte aux éléments de fait et que sanctionne l'annulation pour violation de la loi, influence des motifs, du but, erreur volontaire et erreur involontaire, limites du pouvoir discrétionnaire, une foule de problèmes d'ordre pratique, d'ordre technique, d'ordre théorique se mêlent dans les arrêts et les discussions. Aussi est-il nécessaire d'indiquer tout de suite où nous semble être le centre du débat.

Nous croyons que c'est dans la question de savoir quel est le lien juridique qui unit l'acte aux éléments de fait qui l'ont précédé et que l'agent conçoit sous forme de *motif*. Là est le problème, croyons-nous; c'est au fond la base de toutes les discussions sur la jurisprudence de l'examen de fait : *pourquoi l'acte administratif est-il illégal lorsqu'il est possible de démontrer qu'il est basé sur des motifs inexacts ?*

Remarquons qu'il a été longtemps possible de répondre par un truisme : il est illégal parce qu'il y a violation de la loi. Cette explication valait, en un certains sens, lorsque des textes imposaient à un certain acte de se fonder sur certains faits; elle était fragmentaire puisqu'elle trouvait la base de la nullité sur des textes chaque fois différents, en dehors de toute considération au sein d'un grand principe juridique. Mais elle ne valait plus rien, et nous l'avons dit souvent dès qu'apparurent les arrêts annulant pour erreur de fait, en dehors de toute condition de fait imposée par un texte. L'explication fondée sur le caractère « légal » des faits inexacts s'effondrait.

On n'y a pas entièrement renoncé, mais la plupart des auteurs s'aperçurent que, mieux valait édifier une théorie valable pour toute la jurisprudence et qui ne laissât pas en dehors comme une anomalie les arrêts Trépont, Lefranc, etc. Leur effort s'est attaché à substituer à l'explication de la cause donnée par le Conseil d'Etat une explication autre qui, d'ailleurs, vaudrait en même temps pour toute la jurisprudence de l'erreur de fait.

Dans la recherche d'un lien juridique unissant l'acte à ses antécédents, soit objectivement considérés, soit sous forme de motifs psychologiques, deux directions s'ouvraient devant la doctrine.

Ou bien, s'inspirant du droit privé, et s'appuyant d'ailleurs sur une certaine terminologie du Conseil d'Etat, on pouvait s'orienter vers un lien d'ordre subjectif (1) : c'est par les motifs psychologiques ou bien par le but que s'explique le lien de l'acte à ses antécédents.

Ou bien, à l'opposé, on pouvait essayer d'établir une liaison objective entre certaines situations de fait ou de droit et les actes administratifs, liaison à base de compétence par exemple.

On retrouve ici un peu les oscillations des théories du droit privé. D'ailleurs, les thèses ne se présentent pas de façon aussi nette que ce schéma l'indique : en effet, des auteurs comme Duguit, qui expliquent la jurisprudence Trépont par la théorie du but, n'en recourent pas moins à une explication fondée sur la compétence pour le reste de la jurisprudence de l'erreur de fait. Mais, nous nous proposons d'isoler ces tendances pour la clarté de la discussion. D'ailleurs celle-ci ne peut guère s'égarer : ou bien l'acte est lié à ses éléments antécédents par un lien d'ordre psychologique et subjectif (but ou motif) ou bien par un lien d'ordre extra-psychologique (compétence) : c'est dans ces deux directions que nous allons porter successivement notre discussion.

---

(1) Ici il faut placer une remarque très importante pour la suite de cette discussion. Lorsqu'on oppose « subjectif » à « objectif », dans les diverses théories qui vont être exposées, on n'entend nullement se référer à des discussions de droit public général, sur la nature du droit. Voici à quoi correspond l'emploi de ces mots : on dit qu'un auteur conçoit d'une façon subjective la relation unissant l'acte à ses antécédents, lorsqu'il fait de cette relation un élément psychologique appartenant donc au « sujet ». On dit que cette relation est conçue de façon objective lorsque la théorie considérée la place hors de toute considération psychologique et en fait un élément extérieur au sujet, et donc objectif.

Section I

L'explication subjective de la jurisprudence de la cause par le motif ou le but.

Nous disons que les auteurs qui ramènent la jurisprudence de la cause à une application de la théorie du motif ou du but adoptent un point de vue subjectiviste. Le pourquoi de cette appellation est évident : C'est dans la conscience de l'auteur de l'acte administratif que ces auteurs recherchent la liaison juridique entre l'acte et ses antécédents; cette liaison est d'ordre psychologique, donc à peu près subjective. Naturellement, il y a des degrés dans ce subjectivisme; la théorie de M. Jèze l'est davantage que celle de Duguit. Mais les critiques d'ordre général valent pour toutes les formes de cette conception et elles peuvent se résumer ainsi : La valeur de l'acte administratif à notre sens ne doit pas être jugée par rapport à une pensée subjective, mais par rapport à un état de choses objectif. Idée qui sera développée tout au long, et qui inspire toute cette étude.

Parmi les tenants des thèses subjectivistes, nous en choisissons deux, éminemment représentatifs, dont nous avons déjà exposé les théories : M. Jèze et le doyen Duguit. Ces théories, nous allons maintenant les soumettre à un examen critique.

Sous-Section I

Critique de la théorie des motifs déterminants de M. Jèze (2).

Nous avons déjà marqué le trait essentiel des idées de M. Jèze, trait qui en constitue à la fois la force et la faiblesse ; elles sont bien davantage un résumé systématique de la jurisprudence qu'une explication synthétique de celle-ci. Directement inspirées du langage des Commissaires du Gouvernement, elles en reflètent l'empirisme un peu vague. Mais pourtant,

(2) V. *supra*, 2e partie, ch. II.

la théorie de M. Jèze est très difficile à critiquer, car coulée dans le moule des décisions jurisprudentielles, elle mérite des reproches beaucoup plus pour ce qu'elle ne dit pas que pour ce qu'elle dit.

Néanmoins, une critique peut tout de suite lui être adressée, et d'ordre très général : l'insuffisance de la définition du motif déterminant qui y est donnée.

Les motifs sont, dit M. Jèze, « les considérations de droit ou de fait qui poussent un individu à accomplir une certain acte juridique ».

Définition d'une fausse rigueur, car ce qui est important, ce n'est pas la définition psychologique du motif (une définition vulgaire suffirait ici), mais la délimitation des éléments qui, dans la vie de l'esprit, valent et comptent du point de vue juridique. En somme, le reproche que nous esquissions contre les idées de M. Josserand vaut contre celles de M. Jèze : A quelles conditions le droit peut-il tenir compte des motifs ? Il n'échappera à personne, sans avoir besoin de se référer à la psychologie bergsonienne que toute individualisation d'un élément psychologique est dans une certaine mesure artificielle. Pourtant ces individualisations sont nécessaires au langage et à la vie sociale.

Admettons ce premier point.

Mais ceci ne supprime pas la multiplicité de la vie mentale; et cette multiplicité se retrouve dans deux sens différents. D'une part, autour même de ce que nous considérons comme le motif central d'une décision, gravitent une foule d'idées claires ou obscures, de sentiments, conscients ou inconscients, qui interviennent indubitablement dans notre choix. Pourtant ceci n'est pas l'essentiel : l'essentiel c'est, d'autre part, la multiplicité de nos représentations dans l'ordre de la durée; c'est le fait qu'aucune décision ou aucune pensée ne se suffit à elle-même, et que nos décisions jouent entre elles tour à tour le rôle de moyen et de fin.

M. Jèze prend des hypothèses simples : Un prêt fait en vue du jeu. Admettons que dans la conscience d'un individu une représentation puisse exister ainsi à l'état nu. Mais pourquoi le jeu est-il le motif du prêt ? Il y a ou il peut y avoir une foule d'éléments qui méritent au même titre le nom de motifs déterminants : d'abord, pourquoi ai-je besoin d'emprunter ? Suis-je ruiné ? Manqué-je d'argent de façon simplement temporaire ? Motif que cela. D'autre part, pourquoi n'abandonné-je pas la partie ? Est-ce l'espoir de regagner ? Est-ce le plaisir du jeu pur et simple ? Est-ce par vanité ? Motif encore. On peut rire de cette analyse, mais l'on rira parce qu'il est évident que tout ceci ne peut pas juridiquement entrer en ligne de compte. Cependant, psychologiquement, tout cela, ce sont des *motifs,* et l'absurdité de cette analyse *du point de vue juridique* n'est que la preuve qu'il est indispensable de définir, suivant une expression déjà rencontrée, *de quel motif « le droit tient compte ».*

A cette objection qui est au fond celle de la multiplicité de nos représentations et de la complexité de vie mentale, on ne peut guère répondre que de deux manières également inopérantes.

On peut d'abord dire qu'il convient de s'arrêter au motif immédiat de l'acte. Mais dans un prêt en vue du jeu, le motif immédiat, c'est bien plus le désir d'avoir de l'argent que celui de jouer. Par rapport à la possession de l'argent, le désir de jouer est un motif médiat. La difficulté est au fond celle à laquelle s'est heurtée toute la doctrine civiliste : Ou bien on tient compte du *motif immédiat seul,* et celui-ci s'identifie de très près avec *l'objet* de l'acte. Pour le prêt, c'est l'obtention des deniers; pour la vente, celle du prix, etc., et de plus on ne peut guère appréhender le sens véritable de l'acte et sa portée sociale dans le motif immédiat. Ou bien on peut élargir la perspective et admettre des motifs plus éloignés, mais alors où s'arrêter dans cette voie, et comment ne pas tenir compte des intentions les plus éloignées ? Donc, première réponse inopérante.

La seconde réponse qui peut être tentée sera de dire que précisément, on ne tiendra compte que du motif *déterminant* à l'exclusion des motifs adventices. Mais c'est là que les difficultés deviennent inextricables.

Les analyses de la psychologie moderne ont montré que l'explication de la plus petite décision était incluse dans notre vie psychologique tout entière, sans que l'on puisse, autrement qu'artificiellement, décomposer celle-ci en éléments simples. Il est vrai que nous ne faisons pas de la psychologie. Ne pourriez-vous vous contenter, nous dira-t-on, des données du langage vulgaire ? Ce langage sait parfaitement ce qu'est un motif déterminant. Il sait que toutes les « raisons » ne pèsent pas du même poids dans la « balance » de notre jugement (image que la psychologie bergsonienne repousse avec énergie, mais que le langage vulgaire admet). Le langage vulgaire sait qu'il y a des motifs essentiels et des motifs accessoires. Des premiers seuls le Droit doit tenir compte.

Terrain bien imprécis et bien dangereux, répondrons-nous. On se fie à un critérium tout empirique et pour un procédé juridique, l'indécision est bien dangereuse. D'autre part, à quels surprenants résultats cette référence au caractère « déterminant » du motif ne risque-t-elle pas de conduire ? Je loue une maison afin de vivre à la campagne, pour prendre du repos avant d'entreprendre un lointain voyage aux colonies. Où est le motif déterminant ? Le désir de vivre à la campagne ? Le désir de me reposer ? Le désir de pouvoir voyager dans les colonies ? Le vulgaire mettra sans doute l'accent sur ce dernier motif, dont, en somme les autres découlent. Et si je désire aller aux colonies pour une recherche scientifique ? Cette recherche scientifique serait alors le motif déterminant de la location de la maison ? Autant dire qu'il n'y a plus de critérium. Que le juge qualifie les éléments dont il tient compte pour apprécier l'acte de « motif déterminant », voilà qui est possible; mais l'important, c'est de définir ce qu'est, à quoi on re-

connaît ce motif déterminant, dont le droit tient compte.

Une première constatation s'impose donc à nous : L'expression de motifs déterminants est acceptable, comme toutes les expressions, mais M. Jèze omet de dire à quoi elle correspond; à quelles conditions un motif est déterminant, et où doit s'arrêter le cercle des investigations opérées dans la pensée de l'agent.

Une seconde critique déjà esquissée plus haut s'ajoute à celle-là : Qu'est-ce que le motif, en soi ? Est-ce une représentation psychologique, est-ce un fait objectif ? Les deux sens existent : Paul fait une donation à Pierre parce que Pierre est son fils naturel; le motif est la croyance subjective à la filiation ou la filiation elle-même, suivant le point de vue auquel on se place. Or, M. Jèze passe d'un sens à l'autre sans le dire. Lorsqu'il parle de motifs inexacts il pense même aux deux puisqu'un motif subjectif n'est inexact que par rapport à son correspondant objectif. Qu'est-ce qui est essentiel ? Est-ce l'existence subjective ou l'existence objective du motif ? C'est cette dernière sans doute, mais pourquoi ?

Et ici, on touche à une troisième critique que l'on peut adresser à cette théorie : Elle ne rend pas compte du lien qui unit juridiquement l'acte à ses motifs. En fait, évidemment, ce lien est certain. Mais toutes les situations de fait ne sont pas érigées par leur existence même en règles de droit. En droit privé, on peut fonder la relation des motifs à la validité de l'acte, soit sur les textes du Code civil relatifs à la cause, et entendus *lato sensu*, soit sur des considérations plus générales, comme M. Josserand par exemple qui met à la base du droit tout entier l'idée de *but*.

Mais il reste à trouver en droit public le lien qui justifie la prise en considération par le droit des motifs ou du moins de certains d'entre eux. Nous entendons bien que le savant auteur qu'est M. Jèze n'y man-

que pas, et qu'il met en avant la règle que tous les actes de droit administratif doivent avoir l'intérêt public comme motif déterminant. Mais, peut-être, n'y a-t-il là qu'une déduction hardie et injustifiée.

Il existe bien en effet, en droit public, une règle qui exige une certaine « *orientation* » de l'acte dans le sens de l'intérêt public. Mais pourquoi concrétiser cette « orientation » dans la technique du motif déterminant subjectif, car dans la théorie de M. Jèze le motif est par essence subjectif ? Il y a un passage d'une règle incontestée du droit public à l'affirmation de la valeur du motif déterminant qui ne serait convaincante que si, auparavant, l'auteur établissait la valeur juridique du lien unissant le motif à l'acte. Le problème reste entier : Qu'est-ce qui fonde en valeur la règle juridique que l'acte doit s'apprécier par rapport au motif subjectif qui le détermine ?

D'ailleurs, une objection subsiste encore : Si paradoxal que ceci paraisse, on ne voit pas pourquoi le motif invoqué doit être *exact,* c'est-à-dire correspondre à la réalité des faits. Lorsque l'administration s'est involontairement trompée, sans doute peut-on affirmer avec M. Rivet que « son libre arbitre » a été atteint, et ainsi on retomberait dans la théorie des vices du consentement. Mais lorsque l'administration se trompe volontairement, comment expliquer l'importance de l'inexactitude du motif, dans une espèce comme l'espèce Trépont, alors que par ailleurs il n'existe pas de détournement de pouvoir ? La théorie des motifs déterminants est par essence une théorie protectrice du libre arbitre de l'administration. Mais, en réalité, la jurisprudence de l'erreur de fait et celle de la cause sont orientées beaucoup plus que dans ce sens, dans celui de la protection des administrés. En somme, la part irréductible du problème, que ne peut résoudre cette théorie est celle-ci : En l'absence de détournement de pouvoir, en l'absence de textes imposant des conditions de fait à l'accomplissement de l'acte, en l'absence de véritable erreur de l'administration, pourquoi cette dernière doit-elle

donner des motifs exacts ? Voilà l'obstacle où se heurte, après d'autres, la théorie de M. Jèze.

Résumons nos objections : Cette théorie synthétise la jurisprudence, sans l'expliquer ni la justifier. Elle fait appel à une notion imprécise : celle du motif déterminant; elle ne rend pas compte du lien juridique qui relie l'acte à ses motifs, elle laisse en dehors de son explication le principe que l'erreur volontaire sur les motifs est interdite à l'administration. Elle n'en constitue pas moins un guide admirable à travers la jurisprudence et la pratique administratives, et, si elle ne répond pas au problème que nous cherchons à résoudre, c'est peut-être qu'elle ne se le pose pas.

Sous-Section II

Critique de la théorie du but d'après le Doyen Duguit.

On ne saurait assurément dire la même chose de la conception de Duguit, qui au contraire aborde le problème de l'acte juridique de front.

Pour en faire une critique complète, il faudrait reprendre le problème à sa base, c'est-à-dire là même ou Duguit le prend : dans la psychologie, ce que nous n'avons garde de faire. On aurait, ce faisant, l'occasion de constater d'ailleurs que l'analyse psychologique ne peut fournir que des indications précieuses, mais peu détaillées au droit. En effet, il est illusoire et périmé de parler de la vie psychique comme réellement faite d'éléments séparables et pensables les uns à part des autres : Parler d'un état de conscience, parler d'éléments uniques qui seraient des motifs, ou des sentiments vraiment individualisés, c'est méconnaître l'interprétation de toute notre vie intérieure. Mais, par ailleurs, le fait psychique brut demande à être fragmenté en éléments pour être pensé et parlé : Le droit étant une discipline rationnelle est obligé d'opérer des découpages dans la continuité et le mouvement de la conscience. Mais précisément, il importe de conserver à ces artifices leur valeur et de

ne pas oublier que cette mosaïque psychologique est un procédé de pensée, mais n'est pas une réalité absolue; qu'elle est une construction à partir du donné et non un donné irréductible. Il résulte de ceci que la théorie de l'acte juridique n'est pas liée aux analyses psychologiques comme à des bases dont la réalité est indiscutable, mais comme à des techniques dont l'exactitude et l'utilité sont par nature relatives. Cette observation vaut d'ailleurs pour bien d'autres conceptions que celle de Duguit.

Mais, même si nous abandonnons la discussion des idées de l'éminent doyen du point de vue général de l'acte juridique, nous ne trouvons pas une matière peu riche en observations. Duguit a perçu, en effet, très nettement le terrain sur lequel peut se débattre le problème de la cause en droit administratif : Sous quelle forme et dans quelle mesure la réalité objective des faits intervient-elle dans la structure de l'acte juridique ? Quelle est la valeur des antécédents de l'acte, et quelle est leur influence sur la validité de cet acte ?

On sait que Duguit distingue deux cas. Ou bien c'est la loi elle-même qui a imposé à l'émission de l'acte des conditions de fait; ou bien elle ne l'a pas fait. Dans le premier cas (qui est le plus fréquent dans les hypothèses d'erreur de fait), les conditions mises à l'exercice du pouvoir de l'agent sont des limitations de sa compétence et, dans cette hypothèse, Duguit fait appel à l'idée de compétence liée pour justifier la jurisprudence. C'est une thèse que nous retrouverons plus loin.

Mais dans les cas ou les antécédents de l'acte ne s'intègrent pas, de par un texte, à l'élément-compétence, quel est leur rôle, et peuvent-ils influencer l'acte ? Ici Duguit répond très nettement non : En dehors des textes limitant la compétence des agents en exigeant certains antécédents aux actes juridiques, *il n'y a aucun lien entre l'acte et ses antécédents*. Et c'est la distinction que nous avons longuement rappelée

du *motif impulsif* et du *but*. Le motif impulsif est sans valeur juridique; seul le but est important.

Mais alors, comment expliquer la jurisprudence qui, en dehors de toute compétence légalement liée, annule l'acte fondé sur des faits inexacts ? Nous rappelons l'explication de Duguit que nous avons exposé plus haut : Dans le cas de l'arrêt Trépont, il se produit une coïncidence fortuite entre la réalité du but et celle du motif impulsif : Le but est toujours la « représentation chez le sujet que son acte assurera la réalisation d'un autre vouloir en lui-même ou chez autrui ». Dans les arrêts, Trépont et Blanchard, le but se refère à la volonté « d'autrui »; l'acte a pour but la satisfaction d'une demande présentée par le fonctionnaire à l'auteur de l'acte. C'est ce qui explique que cette demande, normalement simple motif impulsif, s'intègre au but et dès lors prend une valeur juridique, dont en tant que motif impulsif elle est totalement dénuée. Il est inutile de revenir sur ces idées déjà exposées.

Même en dehors de toute discussion sur la valeur de la théorie de l'acte juridique, il semble que deux séries de reproches puissent être adressées à la conception du savant auteur.

On peut lui reprocher d'abord une analyse inexacte de la relation de l'acte à ses antécédents; et en second lieu, cette critique découle de la première, une explication insuffisante de la jurisprudence.

Quel est, en effet, le lien qui peut exister entre l'acte et ses antécédents de fait ? Deux cas nous semblent se présenter dans la doctrine de Duguit : Ou bien il existe un lien déterminé par un texte, qui s'intègre dans l'élément — compétence —; ou bien les antécédents de l'acte sont de simples motifs impulsifs, et aucun lien juridique ne les rattache à l'acte sauf le cas — fortuit, d'ailleurs — où ils s'intègrent au but. Or, cette analyse surprend au premier abord, parce qu'on la sent incomplète.

L'idée de motif impulsif n'est pas en soi inexacte; il est bien évident que nombre de représentations qui

ont en *fait* une liaison avec l'acte dans l'esprit du sujet, ne peuvent voir cette liaison consacrée par le droit. Sur ce point, Duguit échappe, par la subtilité de son analyse à la critique que nous adressions tout à l'heure à la théorie de M. Jèze : Dans les mille éléments de notre vie mentale qui peuvent mériter le nom de motifs, sa théorie fait un choix et exclut ceux dont le droit ne peut tenir compte. Mais ceci dit, est-il exact qu'il y a toujours simple relation de motif impulsif entre l'acte et ses éléments antécédents ?

Il faut, pourtant rendre compte du lien qui unit la réalité objective et les actes juridiques. Cette réalité n'est pas seulement « *l'occasion* » de l'acte, elle en est réellement la *base*. La vue d'une maison qui brûle est le motif impulsif de mon contrat d'assurances, mais peut-on dire réellement que l'existence d'une maison que je possède est un motif impulsif au même titre ? On ne peut pas le penser. Or, en droit privé, cette influence de la réalité sur les actes juridiques est moins apparente, parce que, en somme, l'essentiel de la vie juridique privée, c'est d'assurer la réalisation de volontés subjectives, pourvu que celles-ci ne soient pas anti-sociales. Il en a été longtemps ainsi et il en sera ainsi aussi longtemps que tous les droits privés ne seront pas pleinement transformés en « fonctions sociales » — éventualité peut-être illusoire, et en tous cas lointaine. Mais, en droit administratif, où somme toute, les désirs subjectifs des agents sont sans valeur, où tout le système juridique tend vers une fin unique, la réalisation de l'intérêt public, peut-on dire que les antécédents de l'acte juridique soient de simples motifs impulsifs ? Ne sont-ils pas autre chose ? Ne représentent-ils pas la base réelle qui fonde et justifie en somme l'acte ? Il est vrai que dans les cas où un texte consacre ces éléments antécédents, Duguit reconnaît leur incidence sur l'acte par l'intermédiaire de l'élément compétence. Mais nous aurons à montrer dans un instant, le caractère insuffisant de l'explication par la compétence. D'ailleurs, en dehors même de tous textes, ne peut-on pas dire

qu'il existe un principe général qui veut qu'un acte ait ses racines dans la réalité objective, c'est-à-dire obligatoirement dans ses antécédents ? N'est-ce pas ce qu'exprime le Conseil d'Etat lorsqu'il pose la règle de l'exactitude des motifs ?

Ce n'est pas le lieu d'indiquer ici ce qu'il faut penser des liens unissant l'acte aux éléments de fait ou de droit qui l'ont précédé. Il faut simplement mettre en lumière qu'il y a des cas ou ce lien est tout autre que celui du motif impulsif. Le délit n'est-il que l'occasion de la peine, en tant que motif impulsif ? C'est insoutenable, comme est insoutenable la conception que la vacance de l'emploi n'est que l'occasion de la nomination.

Il est vrai que l'on peut concevoir que cet élément de réalité objective, encore plus indispensable au droit public qu'au droit privé, se retrouve dans le but. Mais la théorie du but est une théorie subjective, et on ne voit pas ce qui doit assurer la correspondance du but à la réalité.

Le but d'une décision administrative est, par exemple, l'intérêt du service (ou plutôt dans le système de Duguit, la représentation que cette décision assure la réalisation du vouloir de l'agent, qui est l'intérêt du service). Nous n'aurons pas la mauvaise foi d'imputer à Duguit qu'il suffit d'une réalisation « subjective » de l'intérêt du service (c'est-à-dire dans la seule pensée de l'agent). C'est pourtant à cela que tend, remarquons-le en passant, la logique du système. Et Duguit le sent bien, puisque cette incorporation d'une exigence objective telle que l'existence de certains antécédents à une théorie subjective comme celle du but, il préfère ne pas y faire appel. Ainsi, dans les arrêts où le Conseil d'Etat annule des décisions de police municipale, parce que « aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre n'existait », il voit des applications de la compétence liée et non du détournement de pouvoir. On pourrait, dit le savant

doyen (3). déceler dans ces espèces un détournement de pouvoir en raisonnant ainsi : « Le Conseil d'Etat reconnaissant en fait que l'arrêté municipal qui édicte une mesure de police ne peut être justifié par aucune raison tirée de la nécessité de maintenir l'ordre et la tranquillité sur le territoire de la commune, en conclut qu'il ne peut avoir été déterminé que par des buts étrangers aux besoins d'une bonne police et que par conséquent, il y a eu détournement de pouvoir... » « Mais, poursuit l'auteur, n'est-il pas plus exact d'y voir en réalité une décision fondée sur l'idée de compétence liée ? » Et il montre comment la loi exigeant la réunion de certains circonstances comme conditions d'exercice de la police municipale, lie la compétence du maire.

Rien ne met mieux en lumière que cette remarque la résistance qu'offre l'idée de but, qui est subjective, à laisser s'intégrer en elle le contrôle des éléments objectifs de l'acte. Le but, c'est la représentation de la réalisation d'un certain vouloir dans la théorie de Duguit. Lorsque l'on sanctionne par le détournement de pouvoir l'illicéité de ce vouloir, on est dans la ligne de la théorie.

Mais, peut-on dire que l'*inexactitude* de ce vouloir (si l'on peut ainsi s'exprimer) vicie le but au même titre que l'illicéité ? Il ne semble pas qu'on puisse le dire, et Duguit ne le dit pas. En effet, l'inexactitude de ce vouloir, c'est-à-dire le fait qu'il ne correspond à aucune réalité objective ne l'atteint nullement dans son *existence*. Le but, *c'est la représentation de la réalisation d'un vouloir;* si le vouloir n'a pas de base objective, le but n'est pas vicié. Et, remarquons-le, Duguit lui-même y souscrit lorsqu'il explique la jurisprudence de la cause. L'explication qu'il donne ne fait pas appel à l'*inexactitude* du but, mais à son *inexistence*. Ce n'est pas parce que l'agent poursuit la réalisation d'un vouloir erroné, mais d'un vouloir

(3) *Dr. constitutionnel*, II, p. 402.

inexistant (une prétendue demande) que l'acte est nul.

Nous nous excusons de ces subtilités; mais elles sont dans la pensée de Duguit. Le but existe, dès que le vouloir existe, et si celui-ci est erroné, c'est-à-dire s'il s'applique à une situation qui n'existe pas, nous sommes logiquement en dehors de la théorie du but. si nous sommes peut être dans celle de la compétence liée. Mais l'existence objective des situations ne peut pas être intégrée dans une théorie du but purement subjective.

Ainsi, la théorie du but ne rend certainement pas compte de l'indéniable principe que les actes administratifs doivent correspondre à la réalité des faits. Comme pour nous, la compétence liée est une explication insuffisante, et pour certains arrêts inexistante (nous le verrons tout à l'heure), il y a une lacune dans la théorie de Duguit, en ce qu'elle ne rend pas compte du vivace élément objectif que renferme tout acte administratif et que toute cette étude tend au fond à mettre en lumière.

La distinction entre le but inexistant que vicie l'acte et le but inexact qui le laisse subsister est en somme implicitement tracée dans l'explication que donne Duguit de la jurisprudence de la cause, explication qui va faire l'objet de notre seconde série d'objections.

Peut-on avancer, avec le savant auteur, que les arrêts Trépont et Blanchard (les seuls visés par lui) sont des cas de coïncidence fortuite du but et du motif impulsif ? C'est parce que la demande du fonctionnaire, motif impulsif, joue le rôle « du vouloir dont l'acte tend à assurer la réalisation », que son inexistence vie l'acte. Cette explication appelle plusieurs séries d'observations.

Tout d'abord, reflète-t-elle exactement la jurisprudence ? Les arrêts font-ils appel à l'idée de but ? Non, mais à celle de cause. Mais c'est la même chose, dit Duguit. Pourtant, nous avons vu que l'orientation

de la théorie de la cause dans un sens non téléologique est nette. Au surplus poser que la cause, c'est le but, c'est résoudre la question par la question. Sans doute, le Conseil d'Etat tient-il compte de l'inexistence du prétendu vouloir du fonctionnaire atteint par la mesure attaquée. Mais en tient-il compte comme étant le but poursuivi par l'auteur de l'acte ? Même pas, puisque dans l'arrêt Trépont, l'administration avait volontairement fait erreur : le but n'était pas inexistant, il était inexactement allégué. Et ceci eût pu faire de cela un détournement de pouvoir ! Mais le Conseil d'Etat n'en a rien fait. Suivant l'observation déjà faite, l'annulation est prononcée pour violation de la loi à raison de l'inexistence objective d'un élément de l'acte qui n'est pas le but.

Au surplus — et ceci est une preuve à peu près irréfutable — l'explication proposée par Duguit ne vaut que pour la matière des actes fondés sur de prétendues demandes. Or, le système jurisprudentiel du Conseil d'Etat s'étend à des espèces où l'existence d'une demande n'est pas en question :

Il est indéniable que le nœud de l'explication de Duguit c'est la coïncidence fortuite dans l'arrêt Trépont entre le motif impulsif et le but. Et cette coïncidence tient à ce que l'acte de volonté d'un tiers peut être à la fois le motif de l'acte et le vouloir dont l'acte a pour but d'assurer la satisfaction. Or, dans les hypothèses où le Conseil d'Etat considère la suppression d'emploi comme la cause du licenciement (4), les faits incompatibles avec la fonction comme la cause de l'exclusion du service (5), il n'y a pas coïncidence du motif et du but, si l'on entend celui-ci comme Duguit. Le but est la satisfaction d'un vouloir; il ne coïncide avec le motif impulsif que lorsque celui-ci est lui-même un vouloir (comme la demande du fonctionnaire) ; il ne peut plus coïncider avec le motif impulsif, lorsque celui-ci est un fait non psychologique.

(4) Arrêts Lefranc, de Zeltner, V. *supra*, 1re partie, ch. IV.
(5) Arrêt Sarrailh, V. *supra*, *ibid.*

L'explication donnée de la jurisprudence du Conseil d'Etat ne s'applique donc pas à ces hypothèses.

D'ailleurs l'explication, quoique très habile, était en elle-même étonnante. Ce qui surprenait, c'était la contingence de la jurisprudence de la cause qui aurait tenu à une coïncidence fortuite entre le motif impulsif et le but, dans le cas où l'acte est provoqué par la demande d'un tiers. Cette restriction est inadmissible, surtout après avoir constaté que, sans être très envahissante, cette jurisprudence a débordé les hypothèses de « demandes inexistantes ». Ainsi la très habile explication du savant doyen cadre mal avec la réalité jurisprudentielle : à savoir qu'il y a autre chose que la compétence et le but dans l'acte administratif. Sur le plan contentieux, elle se heurte à deux constatations indéniables : la cause est un procédé technique distinct du but; les antécédents de l'acte même non intégrés à la compétence influent sur sa validité. Si l'on essaie de montrer que le motif n'est pris en considération que s'il se confond avec le but, nous répondrons que la jurisprudence de la cause va plus loin que les hypothèses de demandes inexistante, pour lesquelles seules pourrait valoir cette réponse.

Pour donner une vue d'ensemble de cette appréciation critique, ce qui constitue, à notre sens, le grand reproche que l'on peut faire à cette théorie, c'est qu'elle se refuse à tenir compte pour apprécier la validité de l'acte de tout ce qui n'est pas incorporé au but. Or, la notion de but est une notion subjective, et la validité d'un acte de droit public ne peut pas s'examiner d'un point de vue purement subjectif. Le dessein de l'auteur de l'acte compte certes, mais encore plus que lui la réalité des situations auxquelles il entend faire face. Les antécédents de l'acte ne sont pas seulement des motifs impulsifs, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas seulement rattachés à l'acte par des liens irrationnels, comme l'association des idées, mais par des liens autrement solides et dont le droit doit tenir

compte. Peut-être suffisante sur le terrain du droit privé, préoccupé bien plus de satisfaire des volontés que des nécessités de fait, l'idée de but est insuffisante pour rendre compte de l'essence de l'acte public qui, lui, est tout entier orienté vers la satisfaction non de désirs subjectifs, mais de besoins objectifs. Il est impossible de « couper » l'acte de ses antécédents.

Quant au lien qu'il faut établir entre l'acte et ses antécédents, c'est sans doute un lien objectif, mais lequel ? Dans la section suivante nous allons voir quelle est la valeur de l'explication fondée sur la compétence.

Section II

L'explication de la jurisprudence de la cause par la théorie du motif objectif et de la compétence objective.

Nous savons que c'est surtout chez M. Bonnard que cette théorie a reçu le plus de développements. Mais il ne faut pas oublier qu'elle est commune à beaucoup de publicistes. M. Réglade l'adopte, avec quelques précisions; pour le doyen Duguit, la grande majorité des arrêts rendus en matière d'erreur de fait ont trait à des matières de compétence liée.

Néanmoins, la théorie de M. Bonnard est particulièrement représentative et intéressante, parce qu'elle pose le problème qui nous occupe dans toute sa réalité. M. Bonnard s'aperçoit que parmi les « considérations de fait ou de droit », dont parle M. Jèze, des précisions et des distinctions doivent être apportées. En outre, il se refuse à intégrer toute la validité de l'acte dans l'élément-but, et ceci parce qu'il met en lumière une vérité souvent rencontrée dans les pages précédentes : « *A la base* de tout acte juridique, dit M. Bonnard, on trouve *soit une situation,* soit un *acte juridique ou matériel* qui provoquent l'acte, qui en sont la *raison d'être.* » On ne saurait mieux dire que l'acte n'a pas sa raison d'être dans une pensée subjective de l'auteur, mais dans la réalité objective

Ainsi est affirmée la distinction « entre l'élément antécédent et l'élément subséquent de l'acte ». Ceci est très net; aussi faut-il noter que pour M. Bonnard le mot « *motif* » qui sert à désigner les éléments antécédents de l'acte a un sens objectif et correspond à la « situation » qui est la base de l'acte.

Non moins exactement que cette analyse de l'acte juridique, cette théorie met en lumière le point central de la question posée par la jurisprudence de l'examen du fait : Pourquoi n'y a-t-il pas un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des motifs ? Parce qu'ils sont une des conditions de légalité de l'acte ? Mais alors quel est le lien légal entre l'acte et le motif ? Et ici aussi, le savant professeur voit que la solution doit être d'ordre général : Ce n'est pas sur des textes particuliers liant la compétence dans des hypothèses particulières que l'on doit principalement s'appuyer, mais on doit essayer d'établir une relation générale entre l'acte et le motif.

De quel ordre peut être cette relation ? On sait que M. Bonnard rejette en premier lieu l'explication par la cause. Il note avec exactitude que la cause du droit administratif qui s'identifierait avec l'élément antécédent de l'acte ne s'identifie pas avec la cause du droit civil, et il y voit une raison de rejeter l'explication proposée par la jurisprudence. Nous savons ce qu'il faut penser de ces difficultés de vocabulaire.

L'argument mis, d'autre part, en avant contre l'explication par la cause est vraiment curieux : C'est que, l'erreur dans l'appréciation de la valeur des motifs, constituerait, dans cette explication une fausse cause; or, on sait que le Conseil d'Etat qui contrôle l'existence des motifs, se refuse à contrôler l'appréciation qui en est faite par le pouvoir discrétionnaire; donc, il n'y aurait pas de nullité pour fausse cause, ce qui est contraire à la théorie de la cause et ce qui condamnerait cette explication.

Faut-il avouer que cette objection embarrasse ? Sa logique semble impeccable, et cependant on pressent confusément qu'elle peut être prise en défaut.

Voici sur quel point, selon nous : dans l'identification entre la fausse cause et la fausse appréciation des motifs. Là est la faiblesse de l'objection. Quand y a-t-il fausse cause en droit privé ? Quand la cause présentée, comme étant celle de l'obligation n'est pas (volontairement ou non) exacte, et que c'est une autre qui l'est. Masquer une libéralité faite à une concubine, en alléguant de la reconnaissance pour un sauvetage inexistant ou simulé; c'est donner à l'acte une fausse cause. Il en est de même lorsque je paie, ayant acquitté une dette civile, et que j'acquitte une obligation naturelle : dans un cas, l'erreur sur la cause est volontaire, dans l'autre, non; mais voilà deux cas de fausse cause. Au fond quelle est la différence entre la cause fausse et la cause inexistante ? Elle se ramène à ceci : la fausse cause masque l'inexistence de la cause ou tout au moins de la cause valable. Un supérieur prononce une sanction sans qu'il y ait eu faute disciplinaire; la cause est inexistante; il allègue une faute disciplinaire qui n'a pas été commise : la cause est à la fois fausse et inexistante. La fausseté de la cause n'est que le masque dont a voulu revêtir son inexistence. En droit privé, il y a intérêt à insister sur l'idée de fausse cause, car l'attention est orientée sur la pensée subjective de l'auteur de l'acte; mais en droit public, c'est sans intérêt : dès lors que la cause est inexistante peu importe le masque dont on l'a recouverte. D'ailleurs, dans l'arrêt Trépont, le Conseil d'Etat aurait pu dire sans incorrection que le Ministre avait donné à son acte une fausse cause. Il a préféré parler de cause inexistante, expression plus énergique et qui met l'accent, non sur les intention de l'auteur de l'acte, mais sur l'objectivité des faits.

De ceci, il résulte que l'argument de M. Bonnard n'a pas la valeur qu'on peut lui prêter à première vue, parce que l'erreur dans l'appréciation sur la valeur des motifs, n'est pas un cas de fausse cause. En effet, l'appréciation de la valeur des motifs est une appréciation secondaire de l'administration, venant à la

suite de l'appréciation sur l'existence des motifs, qui est essentielle. En droit privé, une fausse appréciation de la valeur de la contre-prestation dans un contrat synallagmatique, dès lors qu'elle ne constitue pas une erreur substantielle, n'annule pas le contrat. Le parallèle peut être exactement tracé en droit public : L'erreur sur l'appréciation de la valeur des motifs de la décision disciplinaire ne peut fonder une annulation, sauf le cas, précisément d'erreur *substantielle :* c'est-à-dire au cas ou les motifs ne constitueraient pas des fautes disciplinaires (dans l'exemple choisi).

Concluons donc que la théorie de la fausse cause peut s'appliquer au droit administratif, mais avec cette réserve que les cas de fausse cause sont des cas de cause inexistante masquée.

Après avoir rejeté la théorie de la cause, M. Bonnard, on le sait, propose une explication dont, encore une fois, nous soulignons la valeur. Elle rend admirablement compte de l'élément central du problème : la relation de principe, la relation générale, en dehors même des précisions apportées par les textes entre l'acte et ses motifs, ceux-ci étant entendu comme des éléments de fait ou de droit, antécédents de l'acte Nous souscrivons, pour notre part, pleinement aux développements de M. Bonnard, lorsqu'il démontre que l'obligation des motifs objectifs est une obligation génrale inhérente à la nature de l'acte de droit public et indépendante de l'obligation de motiver, imposée par certaines lois ou certains règlements.

Mais quel est le fondement que M. Bonnard donne au « principe du motif » ? Quelle est la liaison juridique qu'il établit entre celui-ci et l'acte : C'est sur ces points que portent nos réserves.

Il semble que l'explication essentielle de M. Bonnard, sur le fondement du « principe des motifs » soit tiré, ainsi qu'il le dit, d'une analyse « des éléments rationnels de l'acte juridique ». A cette analyse, il n'y a rien à reprendre si ce n'est ceci : Les exigences rationnelles veulent que l'acte ait un motif, mais de

quelle nature ? Doit-on l'entendre au sens subjectif ou au sens objectif ? Duguit, avant de fixer son vocabulaire dans la troisième édition du *Droit constitutionnel,* a longtemps entendu par motif le but ; M. Jèze donne à l'expression de motif un sens subjectif très différent de celui de M. Bonnard. Oui, l'analyse rationnelle prouve que tout acte doit avoir des motifs; mais ce mot revêt un sens très large, et il reste à préciser comment doivent être entendus ces motifs dans la règle de droit. Si le reproche n'était pas un peu exagéré pour un auteur, aux conclusions duquel nous souscrivons en très grande partie, nous dirions que le raisonnement de M. Bonnard est sur ce point entâché d'un paralogisme (en évitant de prendre ce terme dans le sens Kantien); de l'exigence rationnelle des motifs psychologiques, c'est-à-dire entendus de façon très vague, M. Bonnard passe à l'exigence juridique de motifs entendus au sens très précis qu'il en donne.

Tout n'est pas inexact, dans ce raisonnement, il s'en faut. Le point de départ est juste; mais encore faudrait-il montrer pourquoi, en droit public l'exigence des motifs correspond à l'exigence de situations objective servant de base à l'acte. Cette raison tient, croyons-nous, à la nature générale du droit administratif, qui, répétons-le encore, n'est pas un procédé de satisfaction de désirs subjectifs, mais de besoins objectifs, et dont les actes doivent dès lors avoir leur base dans la réalité extérieure et non dans la pensée de l'agent.

Ayant ainsi établi le principe, M. Bonnard en propose une traduction juridique. Il vaut, dit-il, comme règle coutumière, et sur ce point on peut souscrire à sa théorie. Mais, dans la technique juridique, comment se traduit cette relation de l'acte à ses motifs objectifs ? Sans que cette idée soit formellement exprimée, il semble que la tendance de l'auteur soit de considérer la règle des motifs comme une règle de compétence.

Aussi bien, dans un examen où les idées comptent seules, il suffit que cette idée ait été explicitée tout au moins par un autre auteur pour qu'elle appelle une discussion.

M. Réglade qui, dans l'ensemble, se range aux conclusions de M. Bonnard, et qui, comme lui, identifie le motif avec les faits antécédents de la décision, marque comme lui la liaison essentielle entre l'acte et ses antécédents. Toutefois, M. Réglade comparant motifs et but fait de l'un la cause occasionnelle de l'acte, et de l'autre la cause finale. Définition périlleuse en ce qu'elle met l'accent sur l'élément subjectif (l'élément-but) et laisse entendre que la cause occasionnelle est secondaire. Mais ceci relève de nos développements futurs. M. Réglade, en revanche, veut voir dans l'existence du motif un élément de la compétence de l'agent et pour des raisons analogues à celles de Duguit : Le motif est extérieur à l'acte, donc il ne peut s'intégrer qu'aux conditions imposées par la loi pour que la volonté ait un effet juridique, c'est-à-dire aux règles de compétence.

Ce raisonnement, nous ne pouvons l'admettre. D'une part, le motif n'est extérieur à l'acte que dans le système de Duguit. Si des situations objectives provoquent certains actes et les déterminent même dans leur totalité, comme dans les cas que M. Réglade appelle la compétence liée du dernier degré, il est évident que, dans l'acte, tous les éléments subjectifs doivent s'effacer au profit de la situation objective, origine de l'acte; l'agent joue presque un rôle automatique. Ajoutons tout de suite que ces cas sont rares, mais qu'à eux seuls ils montrent, à notre sens, l'inexactitude du point de vue exclusif de Duguit.

D'autre part, l'expression de compétence semble assez mal choisie. Nous n'ignorons pas que pour toute l'école du droit objectif, la compétence est une notion très largement utilisée, qui synthétise les conditions auxquelles la loi subordonne l'effet juridique des actes de volonté.

Mais, en soi, qu'est la compétence ? C'est l'ensemble des règles ayant trait à la désignation de certaines personnes pour la confection de certains actes. Incorporer à l'élément compétence toutes les conditions de validité auxquelles est soumise l'émission de l'acte juridique, c'est étendre un peu loin le sens primitif. Ou bien, tout se ramène à la compétence : Dans tout acte illégal, il y a une incompétence, puisque le droit n'accorde pas effet à la volonté contraire à la loi, et l'auteur de l'acte a donc été incompétent. L'expression « compétence » devient synonyme de « validité » ou de légalité. Il faudrait réserver le mot compétence aux règles déterminant en droit public, les actes que peuvent faire les divers agents, mais séparer les conditions d'exercice de cette compétence de la compétence elle-même.

Au fond, la compétence, c'est originairement l'aspect de droit subjectif des conditions de validité de l'acte; on comprend que dans des systèmes qui nient le droit subjectif, la ligne de démarcation entre la compétence et les autres conditions de validité de l'acte disparaisse au profit d'une extension indéfinie de cette notion. Mais ceci touche à une discussion très générale que nous ne pouvons aborder ici. Au fond, il s'agit encore d'un point de vocabulaire; mais nous pensons qu'il y a intérêt pour la clarté du langage juridique à réserver à un domaine plus restreint l'expression de compétence.

Nous avons terminé avec cette discussion des divers points de vue adoptés en droit public français sur la théorie de la cause. Il n'est pas inutile de résumer ainsi les conclusions auxquelles nous arrivons.

Est inopérante à notre sens, toute explication de la jurisprudence de la cause par l'idée des motifs déterminants (6). Est inopérante aussi l'explication fondée sur l'idée de but, conçue comme excluant toute influence des antécédents de l'acte sur la validité de celui-ci. Voilà pour ce que nous avons appelé les théories « subjectivistes ».

En revanche, avec M. le Professeur Bonnard, nous admettons qu'il y a une relation d'ordre à la fois rationnel et coutumier entre les antécédents objectifs de l'acte et celui-ci, indépendamment des textes qui précisent parfois la nature de cette relation. Nous ne croyons pas que cette relation soit de l'ordre des règles de compétence. Nous tenons pour inexactes les critiques faites au mot « cause » comme terme désignant cette relation.

On peut donc adopter comme conclusion minima de cette discussion la proposition suivante : « *Il existe entre l'acte administratif et ses antécédents objectifs une relation juridique qui ne peut être intégrée ni à l'élément-but, ni à l'élément compétence. On peut identifier cette relation à la notion utilisée par la jurisprudence elle-même, la notion de cause.* »

Voilà quelles sont les bases que nous fournit pour nos recherches ultéreures l'examen des opinions que nous venons de passer en revue (6).

Quant aux théories de la cause intérêt public, qui ne nient pas le rôle de la notion de cause en droit administratif, mais lui donnent un sens particulier, leur critique et leur examen vont être préparés dans les pages qui vont suivre pour trouver une conclusion définitive plus loin (7).

---

(6) Il eût été très intéressant d'entreprendre une discussion des idées de M. Roques sur la cause, motif officiel (*V. supra*). Mais la réfutation de ces idées ressort suffisamment des objections que nous faisons à toute théorie, voyant dans la cause un lien d'ordre *subjectif* entre l'acte et les faits. Au surplus, M. Roques déclare que le « motif officiel » ou cause doit être toujours l'intérêt public, et par là, il rejoint les théories de la cause-intérêt public dont on discutera plus loin.

(7) V. *infra*, 4e partie, ch. 1er.

CHAPITRE II

La distinction de la cause et du but en droit administratif.

Ce n'est pas sans appréhension que nous écrivons en tête de ce chapitre le titre que l'on vient de lire. Il semble contraire à tout le vocabulaire juridique courant ; mais après nos explications antérieures, peut-être apparaîtra-t-il comme justifié. Sur le plan contentieux, nous avons vu que la technique de la cause est distincte de celle du but (1) ; sur le plan théorique on peut penser qu'il y a lieu de distinguer les éléments antécédents et objectifs de l'acte des éléments subséquents et subjectifs. C'est cette distinction que nous allons maintenant essayer de préciser et de justifier.

Le centre du problème nous paraît être constitué par la démarcation très nette qu'il faut établir entre le système du droit privé fondé sur l'autonomie de la volonté et le système du droit administratif qui est tout autre.

Section I

La relation entre les situations objectives de fait ou de droit et les actes administratifs : le droit administratif est un système d'où le principe d'autonomie de la volonté est absent.

Indépendamment d'une intégration soit à l'élément-but, soit à l'élément-compétence, il y a une relation

(1) Cf. Première Partie, ch. v.

directe entre les situations objectives et les actes administratifs : C'est à cette démonstration que s'est, en somme, attaché le chapitre précédent.

En dehors même de toute discussion critique sur ce point, une réflexion sur la nature de l'acte administratif peut conduire à cette conclusion. Sans prendre parti dans les controverses relatives à la théorie générale du droit, on peut constater que les relations de l'acte juridique à la réalité des faits ne sont pas des relations purement idéales. C'est une évidence de constater que les actes juridiques traduisent dans un langage spécial les réactions des individus en face de certaines situations objectives (2). Naturellement ceci appelle mille réserves, non sur l'idée elle-même qui est exacte, mais sur les conséquences que l'on pourrait trop hâtivement en tirer. Il faut notamment dire tout de suite que les situations objectives ne se traduisent pour l'auteur de l'acte qu'en représentations subjectives; d'autre part, loin de nous l'idée de prétendre que la réaction du sujet de droit aux réalités extérieures consiste dans une simple transmission automatique des impulsions reçues. Il s'agit d'une véritable réaction, c'est-à-dire de tout autre chose que de la traduction brute des éléments objectifs, ce qui constituerait une conception mécanique inacceptable; tout autre chose aussi que les actes réflexes de la vie organique.

Mais de cette constatation, il résulte qu'une certaine organisation des relations entre les situations objectives et les actes juridiques doit être prévue. Cette organisation doit s'intégrer à la règle juridique, et nous avons eu un exemple des tentatives faites en ce sens dans le précédent chapitre, où, en somme, on voyait les auteurs essayer de donner le schéma de la liaison entre les faits extérieurs et l'acte juridique.

(2) Bien entendu, nous ne faisons aucune métaphysique, c'est-à-dire que nous parlons de la réalité extérieure et des situations objectives comme tout le monde en parle et indépendamment de toute discussion sur la réalité ou l'irréalité du monde extérieur.

Ce sur quoi nous voulons maintenant attirer l'attention, c'est sur le fait que le droit privé et le droit administratif sont soumis sur ce point à des principes juridiques différents, dont il faut déduire des conséquences différentes.

En droit privé, nous rencontrons devant nous un principe bien connu, celui de l'autonomie de la volonté, principe qui domine toute la matière des actes juridiques de droit privé.

Quel en est le sens ? Si l'on se réfère aux définitions données par divers auteurs, on s'aperçoit que ce sens est double, suivant que l'on convient de se placer sur le plan de la théorie générale du droit, ou sur celui du droit privé positif.

Dans son premier sens, le principe d'autonomie de la volonté exprime une certaine façon de concevoir les effets de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Selon Saleilles (3) (qui parle de la « Willens théorie », ce qui correspond à l'idée envisagée), cette théorie est celle « qui considère la volonté comme cause initiale du droit, et non en vertu d'une concession de la loi, comme une tolérance ou une fonction déléguée ». Suivant M. Gounot (4), c'est l'affirmation du « rôle de la volonté comme organe créateur du droit », le principe que la volonté constitue dans l'acte juridique « l'essence, le principe actif et générateur ». Nous ne suivrons pas les auteurs sur ce terrain. Au fond, on voit quelle est la discussion classique qui s'en-

---

(3) Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 547.

Cf. aussi : *De la déclaration de volonté* .

(4) Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, *Thèse Dijon*, 1912.

Cf. également :

Coumaros, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, *Thèse Bordeaux*, 1931,

Et dans les passages qui traitent de l'autonomie de la volonté en général :

Caleb, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé. *Thèse Strasbourg*, 1927.

Madray, La représentation en droit privé français, *Thèse Bordeaux*, 1931.

gage : La valeur juridique de l'acte vient-elle directement de la volonté ou au contraire de la règle de droit ? Discussion connue en droit public et qu'ont abordée notamment Duguit et M. le professeur Bonnard (5).

Le deuxième sens dans lequel est pris le principe de l'autonomie de la volonté est relatif à une notion de droit privé positif : celle de la liberté des conventions. C'est en ce sens, par exemple, qu'il est entendu dans le *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert (6), sous la plume de M. Cassin, qui en tire cinq conséquences positives que nous résumons ainsi :

1° Liberté pour les individus de s'obliger ou de ne pas s'obliger contractuellement;

2° Liberté de discussion des termes du contrat, liberté de contracter sans se référer à des types connus, liberté de créer de nouveaux types de contrat;

3° Choix de la loi compétente en matière contractuelle dans les rapports de droit international privé;

4° Liberté des formes;

5° L'interprétation des conventions doit s'attacher à rechercher la volonté des parties.

D'ailleurs, les deux significations, ainsi dégagées, du principe d'autonomie sont unies de façon profonde. Si la volonté crée réellement le droit, la liberté absolue des conventions est un dogme identifié avec le droit même; si c'est le droit qui donne une valeur juridique à la volonté, il lui appartient au contraire d'en limiter les effets. Sur cette liaison, et sur le principe lui-même, nous renvoyons à la littérature très riche qui en traite avec une variété de considérations du plus haut intérêt. Mais il suffit de nous attacher au droit privé

(5) En droit public, il faut aussi citer le Doyen Hauriou, notamment dans : Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes. *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1928 (article recueilli dans *Aux sources du droit*).

(6) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* 1930, t. VI, pp. 19 et suiv.

positif pour justifier les développements qui vont suivre.

Ainsi, le principe d'autonomie de la volonté en droit positif correspondrait au principe de la liberté des conventions. Une remarque s'impose tout de suite : Nous n'ignorons pas les atteintes, tant doctrinales que législatives et jurisprudentielles, que l'autonomie de la volonté a subies; nous savons combien le droit s'est écarté des principes individualistes du Code civil dans la matière des conventions comme dans celle de la propriété. Mais, tout de même, pour qui veut saisir le droit contractuel dans son ensemble, il reste fondé sur le principe d'autonomie entendu comme celui de la liberté des conventions. Le mérite de tout un mouvement de doctrine a été de montrer que cette liberté avait des limites réelles : Du côté de la règle morale, comme l'a montré M. Ripert, du côté des idées de but, comme l'a montré M. Josserand. La relativité du droit privé tout entier a été mise en lumière; dans la vie contractuelle, on a même parlé d'une renaissance du formalisme; l'Etat est intervenu de plus en plus fréquemment dans un domaine considéré comme traditionnellement réservé à la libre volonté individuelle. Il y a là une série d'évolutions qui interfèrent entre elles, et dont le sens général n'est pas évidemment en faveur de l'individualisme classique. Mais très intéressantes, en tant que tendances, ces évolutions ne sont pas encore totalement réalisées, et il reste vrai de dire que la liberté des conventions ou l'autonomie de la volonté est le principe fondamental du droit privé (7).

Il faut se référer, ainsi que M. Maury (8) l'a montré (nous y faisons allusion plus haut), à ce principe pour

---

(7) Cf. Hauriou, art. précité : « Sans doute, le domaine dans lequel joue l'autonomie juridique individuelle très large pendant la période de libéralisme économique, commence à se rétrécir... Mais ce sont là des fluctuations historiques comme celles du libéralisme et de l'interventionnisme et qui affectent de faibles étendues. Le colmatage de la baie du Mont Saint-Michel ne doit pas être confondu avec le dessèchement de la Manche. »

(8) Maury, op. cit., t. II, Conclusions.

comprendre le sens dans lequel s'est orientée la théorie de l'acte juridique en droit privé. Si la volonté est une source de droit libre et perpétuellement ouverte, débarrassée de toute catégorisation et de tout formalisme, l'intérêt essentiel dans l'étude de l'acte juridique se concentre sur l'éléments psychologique des actes. La volonté étant, pour reprendre la formule de M. Gounot « l'essence du contrat », la rectitude de l'acte juridique réside surtout dans la rectitude de la volonté. Tout l'acte juridique est orienté dans un sens subjectif.

Il s'en faut que la réalité soit aussi simple que ce schéma. En effet, les périodes où a triomphé le principe d'autonomie de la volonté ont vu une jurisprudence et une doctrine beaucoup moins hardies dans l'analyse subjective de l'acte juridique, que les périodes où il a été combattu. Et il est évident que tout le contrôle jurisprudentiel exercé sur le but des actes, sur leur aspect moral ou social est une négation des conceptions absolues du principe d'autonomie (9).

De ces contradictions, il ne faut pas s'étonner : Elles sont fréquentes dans l'évolution juridique. Il arrive qu'une conception nouvelle, avant de s'imposer, se glisse dans la conception ancienne à l'aide de ses procédés techniques consacrés, et la combatte en quelque sorte avec ses propres armes. C'est toute l'explication des théories de l'auto-limitation (autres que l'auto-limitation institutionnelle d'Hauriou) : Pour borner la souveraineté, on se sert de la souveraineté elle-même, de sorte qu'une théorie de l'auto-limitation ne fait jamais tant appel à la souveraineté qu'au moment où elle s'emploie à la limiter.

Il en est un peu de même pour l'autonomie de la volonté. C'est un principe qui exige notamment que la validité de l'acte soit considérée du point de vue subjectif de la volonté; il conduit donc à une analyse, non pas de la volonté abstraite, mais, comme le dit M. Maury, de la volonté causée, concrète, donc enri-

(9) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles.*

chie des éléments psychologiques qui lui donnent sa valeur rationnelle. Lorsque, frappé par l'aspect moral et social du problème du droit contractuel, on voudra limiter l'autonomie de la volonté, on fera appel tout naturellement aux procédés techniques qui existent, d'analyse subjective, fondés eux-mêmes sur l'autonomie. Et ceci est d'autant plus normal que cette dernière n'est pas un principe entièrement contingent, mais la traduction peut être très exclusive, mais du moins partiellement exacte, d'une vérité : à savoir que le rôle du sujet de droit est autre dans l'acte juridique que celui d'un simple agent de transmission; cette constante juridique s'exprime en droit public par le pouvoir discrétionnaire. Nous renvoyons sur ce point à l'explication de M. André Hauriou que nous examinerons plus loin.

Mais tandis que le pouvoir discrétionnaire est loin d'occuper tout le champ de la scène en droit administratif, l'autonomie est au tout premier plan en droit privé. Et ceci se conçoit : Encore une fois l'identification des droits privés à des fonctions sociales n'est pas réalisée, il s'en faut; c'est encore essentiellement à des fins individuelles que répond le contrat de droit privé. Les directives téléologiques s'imposent bien plus aux contractants sous une forme négative que sous une forme positive. Il est défendu peut être d'agir dans un sens anti-social ou anti-moral, mais la licéité de l'acte n'est pas subordonnée à la poursuite d'une fin sociale ou morale (10). Il y a une très large

(10) C'est en ce sens notamment qu'il faut entendre la théorie de l'abus des droits en droit privé. Elle met évidemment en relief l'aspect relatif des droits subjectifs, mais le maximum que l'on puisse tirer de cette théorie, c'est que l'usage des droits ne doit pas être antisocial. Par contre, aucune règle n'impose à ces droits une destination sociale. Suivant l'idée de M. André Hauriou (*V. infra*), la directive de « socialité » s'impose à eux comme une « limite extérieure », non comme un « principe d'action interne ». Il n'y a notamment rien de comparable dans la théorie de l'abus des droits à la règle de l'intérêt public en droit administratif.

Sur l'abus des droits en droit privé, cf. :

Josserand *De l'esprit des droits et de leur relativité.*

Saleilles, *Théorie générale de l'obligation.*

marge d'actes indifférents permis parce que non défendus, et c'est la logique d'un système où l'on suppose encore que le moteur de l'intérêt individuel est le plus puissant moyen d'atteindre des fins sociales, quitte à corriger les écarts et les déviations de l'instinct individuel, que les rédacteurs du Code civil et les tenants du libéralisme avaient mal aperçus.

D'ailleurs, le droit positif nous fournit une preuve de la persistance du principe de l'autonomie, et c'est précisément cette polarisation des éléments de validité de l'acte autour de l'idée de la volonté et des motifs : Théorie du consentement, théorie de la cause.

Comment est traduite la relation que nous signalions tout à l'heure entre la réalité objective ou les éléments antécédents de l'acte et l'acte lui-même ? par la théorie de l'objet qui constitue le minimum des exigences rationnelles à cet égard (11). Tous les autres éléments d'ordre objectif sont transmutés en éléments psychologiques; ils ne sont pas annulés, mais il y a dans cette transformation toute la distance entre le monde extérieur et le monde psychologique.

A cet égard, rien n'est plus curieux que l'évolution subie par la catégorie des contrats dits réels. Dans le prêt, par exemple, on considérait que la base de réalité objective constituée par la remise des deniers de l'emprunteur au prêteur était l'essentiel de l'acte et sa cause; c'était la signification de la *querela non numeratæ pecuniæ;* c'était le sens de la règle classique que, dans le prêt, la numération des deniers est

---

G. Morin, L'abus du droit (*Rev. de métaphysique et de morale*, 1929).

Cf. également une note de M. Brethe, sous Cass., 9 mai 1924, au *S.* 25. 1. 217.

Contre la théorie de l'abus des droits : Planiol et Ripert, *Droit civil*, II.

(11) Cf. le passage déjà cité de M. Josserand où l'auteur oppose l'objet et la cause comme, dit-il, s'opposent le monde extérieur et le monde psychologique, le non-moi et le moi. Mais il est évident que la théorie de la cause et du consentement revêt une tout autre importance et occupe une tout autre place que la théorie de l'objet en droit privé.

cause de l'obligation de restituer. Ainsi, il subsistait en dehors des éléments subjectifs de l'acte un élément de réalité objective, qui avait un aspect anachronique, et sans harmonie avec la théorie générale de la cause. L'effort de nombreux auteurs s'est attaché à montrer que le contrat réel n'était pas d'une nature spéciale, et que le fondement du contrat c'était ici, comme ailleurs l'échange des consentements, et non la remise de la chose (12), qui ne constitue qu'un acte d'exécution. Et sans doute, cette argumentation est exacte, mais elle n'en est que plus démonstrative de la tendance qu'a le droit contractuel à s'affranchir de tout caractère « réel » (13).

L'évolution même de la notion de cause rend compte de cette tendance subjectiviste du droit privé. Nous avons vu peu à peu la théorie de la cause perdre ses éléments objectifs, perdre ses catégories, et aboutir à une théorie psychologique des motifs (14). Sans doute, le contrat n'est-il pas séparé entièrement du monde réel, et c'est ce que traduit la persistance de la notion d'équivalence dans la jurisprudence et la doctrine, mais de cette notion, M. Maury a indiqué l'origine et les limites. L'origine en est subjective : l'équivalence c'est le but poursuivi normalement dans la vie économique; ses limites ne le sont pas moins : il faut s'attacher à l'équivalence réellement voulue, et l'absence d'équivalence est possible parce qu'elle caractérise le contrat à titre gratuit.

Comment donc le droit privé tient-il compte de l'élément de réalité objective qui est à la base de tout

---

(12) Sur ce point, cf. :
Capitant, La cause.
Josserand, *Droit privé positif*, II, p. 75.
Planiol et Ripert, *Traité*, t. III, pp. 149 à 155.
Maury, *op. cit.*, I, pp. 119 et suiv.
Combescuro, *Code fédéral suisse des obligations*, art. 312.

(13) Caleb, Thèse précitée, p. 13.

(14) En effet, le trait commun de toutes les théories que nous avons étudiées plus haut est dans le fait que, à la base de la notion de cause, toutes mettent (sauf peut-être M. Louis Lucas) l'idée de motif ou de but.

acte juridique, suivant l'observation de M. le Professeur Bonnard ? Il en tient compte certes, car il lui est impossible de faire autrement. Mais il considère ces éléments objectifs comme incorporés aux pensées subjectives du sujet de droit. C'est dans le miroir des volontés et des représentations du sujet de droit que le monde extérieur vient se réfléter. Il existe des nécessités objectives; mais le droit n'en connaîtra que comme « besoins subjectifs », à la satisfaction desquels doit tendre le contrat. Normalement ceci conduirait même à un idéalisme juridique curieux : Si je me suis engagé à acquitter une dette que je croyais non éteinte, mais qui l'est en réalité, on pourrait dire que mon obligation est cependant valable parce que subjectivement, psychologiquement, cette dette existait pour moi. Evidemment, le résultat serait absurde, mais on l'évite par un raffinement de l'analyse psychologique : On considère que la volonté est « viciée »; qu'elle n'aurait pas été telle, si elle eût été bien informée, et ainsi le droit privé reprend le contrôle minimum des éléments objectifs de l'acte, qu'il lui est impossible d'abandonner en fait. Mais il faut appeler l'attention sur le mécanisme de cette correction du principe : Il n'y a pas de lien établi *directement* entre l'existence objective de la dette et la validité du contrat. On use du détour suivant : Au-dessous de la volonté superficielle il y aurait une volonté réelle de ne promettre le paiement que si la dette existait, on en appelle de la volonté mal informée à la volonté mieux informée.

Il est inutile de poursuivre cette démonstration plus loin. Il suffisait de montrer que l'existence de l'autonomie de la volonté, dans un monde contractuel à fins individualistes, aboutit à nier tout lien direct entre l'acte et ses antécédents objectifs. C'est dans la mesure où ceux-ci s'intègrent aux éléments psychologiques que le droit en tient compte. Autrement dit, il y a des réactions individuelles et autonomes à la réalité extérieure, réactions traduites en actes juridiques ;

mais il n'y a pas de loi déterminant la nature ou la catégorie de ces réactions (15) subjectives.

Il en est tout autrement en droit public. Ce droit ignore le principe d'autonomie de la volonté. Si l'on veut réduire cette affirmation à son aspect le plus général, ceci veut dire que l'agent de droit public n'a pas en principe de liberté de choix en ce qui touche le type juridique de ses actes, ni les buts de son activité, ni les antécédents auxquels l'acte doit succéder. Ceci est dit sous réserve précisément de ce qui en droit public correspond à l'autonomie de la volonté en droit privé : le pouvoir discrétionnaire. Mais d'ores et déjà, il apparaît que, identiques dans leur principe et dans leur origine, autonomie de la volonté et pouvoir discrétionnaire diffèrent essentiellement par leur rôle, par la place qu'ils tiennent respectivement dans le droit privé et dans le droit public. Nous avons vu que, en droit privé, l'autonomie est le principe général d'activité, la règle d'action par rapport à laquelle existent les exceptions et les limitations. En droit public, au contraire, le pouvoir discrétionnaire est une « marge irréductible », une résistance à l'hégémonie de la loi, très réelle certes, mais ayant un caractère exceptionnel (16) : il n'est pas la règle générale d'activité.

Cette règle générale d'activité du droit public, nous la connaissons; elle est indéniée : C'est la réalisation de l'intérêt public (17). En droit privé, les aspects

---

(15) C'est à une idée semblable que certainement faisait allusion le Doyen Hauriou dans sa note sur l'arrêt Lefranc; il y ajoutait même une nuance de regret à l'égard de l'envahissement du droit par le principe d'autonomie.

(16) Ce caractère en quelque sorte « résiduel » du pouvoir discrétionnaire a été très souligné en droit public, trop même puisque les théories objectivistes en sont venues à y voir une sorte de pouvoir délégué, alors que le pouvoir discrétionnaire existe irréductiblement et est, comme l'a montré M. André Hauriou (*V. infra*) le résultat du fait qu'il existe réellement des sujets de droit (personnes physiques ou morales), et qu'ils sont « chefs d'entreprise ».

(17) Cf. (indépendamment des ouvrages classiques) :

Belin, Recherches sur la notion d'utilité publique en droit administratif français, *Thèse Paris*, 1933.

extrêmes des théories relativistes donnent la formule suivante : « La volonté crée du droit, sauf si elle agit contrairement à l'intérêt général » ; et encore il s'agit là d'une tendance non entièrement réalisée. En droit public, le principe admis, c'est que la volonté a force juridique lorsqu'elle réalise l'intérêt public. Cette opposition met en lumière la distinction radicale à faire sur le point qui nous occupe entre le droit privé et le droit administratif. Dès lors que « l'essence », le principe de la validité de l'acte ne réside plus dans la volonté individuelle, mais dans un élément plus objectif, l'intérêt public, le problème change du tout au tout.

En droit privé, les éléments nécessaires à la validité de l'acte se concentraient sur l'aspect volontariste et intellectuel de celui-ci, parce que, encore une fois, le principe même de l'acte était la volonté intelligente du sujet. En droit public, cette raison n'existe plus, et nous devons aboutir à une autre construction.

Mais que l'on ne tire pas de cette « orientation » vers la réalisation de l'intérêt public de trop hâtives conclusions touchant les procédés techniques par lesquels cette exigence va se réaliser. Que l'on ne conclue pas que le « motif » ou le « but » devra être conforme à l'intérêt public; ce ne serait peut-être pas faux, mais ce serait anticiper sur l'examen des données du problème. L'essentiel de notre constatation actuelle, c'est que la validité juridique des actes de droit administratif s'examine à la lumière d'une notion qui n'est pas le libre pouvoir de création de la volonté, mais au contraire de la règle de « l'orientation » dans le sens de l'intérêt public. Dès lors, tout point de vue purement subjectiviste devra être écarté.

Et une conséquence immédiate découle de ceci : C'est que la relation de la réalité extérieure à l'acte juridique reprend aussitôt une valeur objective. Pourquoi ? Pour deux raisons essentielles.

La première, qui est développée plus longuement ailleurs, c'est que la définition de l'intérêt public se réalise techniquement par rapport à certaines situa-

tions de fait. La directive de l'intérêt public subsiste comme principe d'activité du droit administratif, mais en même temps, elle se fragmente et se morcelle en règles juridiques plus précises. Ceci parce qu'il y aurait péril d'abandonner l'agent public à son initiative avec en mains un instrument de direction aussi vague que cette règle générale. Mais, par ailleurs, on s'aperçoit que préciser la notion d'intérêt public, la définir concrètement, c'est en réalité définir les situations objectives auxquelles doivent correspondre les actes juridiques. En veut-on un exemple ? La matière des manifestations cultuelles nous le fournit.

La police des cultes ne peut être exercée par le maire que dans l'intérêt public, règle certaine, valable pour tous les actes administratifs. Mais déjà un texte — la loi municipale — précise ce qu'est l'intérêt public en matière de police municipale. Et déjà sur le terrain de ce texte, on aboutit à la formule suivante : Le maire doit réaliser le maintien de l'ordre public, formule qui se transforme aisément en celle-ci : Le maire doit faire face aux menaces qui peuvent exister à l'égard de l'ordre public. Déjà, on est passé à la définition d'une situation objective, celle de la menace à l'ordre public que soulignait dans un passage cité plus haut (18) le doyen Duguit. Enfin, on sait comment le Conseil d'Etat établit lui-même une liste des manifestations cultuelles en indiquant en regard quelles situations objectives sont présumées leur correspondre à l'égard de l'ordre. Ce qui est infiniment curieux, ce qui nous retiendra longuement bientôt, c'est ce passage de l'idée du but poursuivi à l'idée des situations de fait légitimant et conditionnant l'exercice du pouvoir.

Mais en dehors de cette première raison, intimement liée à elle, en apparaît une seconde. Même dans les cas où des textes ou des règles jurisprudentielles n'auront pas précisé les situations objectives auxquelles l'acte administratif doit correspondre, la

(18) V. *supra*, chapitre précédent.

réalité des situations qui l'auront provoqué aura une importance extrême. Et ceci tient encore une fois à la nature de l'acte administratif, et au caractère objectif de la notion d'intérêt public. Dans un droit basé sur la satisfaction des volontés individuelles, on a montré plus haut que l'essentiel de la validité de l'acte est résumé dans l'élément subjectif; mais là où l'intérêt public doit être réalisé, les bases objectives de l'acte reprennent une importance essentielle. Que l'auteur de l'acte se soit trompé, même de bonne foi, sur les situations de fait qu'il donne comme bases objectives à son acte, voilà qui entâche la validité de l'acte. Mais ici ce n'est pas en vertu de l'idée que la volonté a été viciée, encore que M. Rivet (19) parle du « libre arbitre » de l'auteur de l'acte; cette explication inspirée du droit privé, met l'accent sur la volonté individuelle de l'auteur de l'acte. La vraie explication, c'est que l'intérêt public doit se réaliser objectivement, c'est-à-dire en prenant appui sur la réalité, et non sur la volonté de l'auteur de l'acte. C'est de la situation antécédente de l'acte que résulte la fin d'intérêt public qui doit être poursuivie, et ce n'est pas de la conception subjective qu'en a l'auteur de l'acte (20). Pour reprendre l'exemple cité plus haut, si des menaces existent objectivement à l'égard de l'ordre public, il y aura lieu de poursuivre une fin d'intérêt public, le maintien de l'ordre. Si elles n'existent pas, il n'y aura pas de fin d'intérêt public à poursuivre puisque celle-ci est réalisée par le maintien du *statu quo*. C'est toute autre chose que de dire que la volonté de l'auteur de l'acte a été viciée, parce que cette dernière explication prend les choses — que l'on nous passe l'expression — par le petit bout de la lorgnette; sans doute la volonté a été viciée mais cela n'a pas d'importance; ce qui a de l'importance c'est qu'il n'y a plus d'intérêt public à réaliser.

---

(19) Dans ses conclusions sous l'arrêt Trépont.

(20) Ceci est dit, réserve faite de l'idée que nous verrons plus loin, que l'Administration a un certain rôle dans la « détermination progressive de l'intérêt public ».

Naturellement ceci doit s'entendre en tenant compte du pouvoir discrétionnaire qui, en de nombreux cas, permet à l'agent d'apprécier les modalités et les détails des situations objectives. Mais la règle subsiste que traduit la jurisprudence de l'examen du fait : Les faits qui sont à la base de l'acte doivent être réels, et il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire sur ce point.

Il est vrai qu'ici, notre conception semble rencontrer un obstacle : Que sont les faits placés à la base de l'acte ? Et surtout comment sait-on qu'ils sont à la base de l'acte sinon par les motifs, subjectivent invoqués par l'agent ?

A ceci, plusieurs réponses peuvent être faites : Tout d'abord il est des cas nombreux ou la loi elle-même précise les situations objectives qui doivent servir de base aux actes. Si elle ne le fait pas, il subsiste tout de même un grand principe, vers lequel notre sujet nous entraîne et qu'il faudra examiner : Celui des catégories. Dans le cas où il appartient à l'auteur de l'acte de donner comme base à l'acte diverses situations objectives, à ces diverses situations correspondent des catégories différentes d'actes, dont le contenu est variable et dont la différence provient de la diversité des motifs, c'est-à-dire de situations objectives invoquées. Ainsi, il y a des congés d'office et des congés sur demande; actes différant entre eux (21).

Il y a cependant un cas où l'explication que nous donnons semble être mise en échec : C'est dans le cas où nulle règle n'impose à l'Administration de dire sur quelle base objective repose son acte, à quelle situation de fait ou de droit elle entend remédier. Mais

---

(21) Dans la matière des mises en congé, ce qui est constant dans toutes les hypothèses, c'est « l'acte de désinvestiture de l'exercice des fonctions publiques ». Mais il est évident que l'acte n'aura pas les mêmes effets suivant qu'il s'agit d'un congé d'office (qui peut être de nature disciplinaire), d'un congé sur demande, d'un congé pour maladie, ou d'un congé spécial pour tuberculose (art. 51 de la loi du 30 mars 1929, pour les fonctionnaires civils, et loi du 18 avril 1931 pour les militaires). La différence entre ces diverses catégories peut être grande, notamment au point de vue des droits pécuniaires.

nous touchons là à une des limites de notre théorie — qui en a naturellement — et à la question des actes abstraits ou sans cause. Mais même dans ces cas, une règle subsiste : C'est que même si la motivation n'est pas imposée par la loi, même si elle eût pu être absente de l'acte et si cependant l'Administration s'y est soumise, cette motivation de fait doit être exacte. En ce cas, on peut dire que si l'administration a le choix des situations objectives auxquelles l'acte doit correspondre, elle n'est pas tenue de les faire connaître, Mais, si elle les fait connaître, elle permet par cela même un contrôle, et si le motif choisi par elle est inexistant, son acte est nul. Si l'on se plaçait d'un point de vue subjectiviste, il serait évident que la bonne volonté de l'administration à motiver son acte ne devrait pas en rendre le contrôle plus rigoureux. Mais objectivement, la motivation est une occasion de contrôle que le juge ne laisse pas passer. Ce point sera précisé dans le cours des développements suivants.

Ainsi, nous voyons se développer l'idée qu'il y a un lien entre les situations objectives et les actes administratifs. Ce lien doit être conçu indépendamment des notions subjectives du but et des motifs, parce que le droit public ignore le principe d'autonomie de la volonté. Bien plus qu'au droit privé, il faut ici penser au droit pénal (22). Il existe aussi en droit pénal des situations objectives auxquelles des solutions juridi-

---

(22) Le Doyen HAURIOU, dans un article sur : Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes (*Revue de métaphysique et de morale*, 1928, et dans les *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 25), dit ceci, qui semble en contradiction avec ce que nous affirmons plus haut :

« L'autonomie de la volonté individuelle et le principe de sa responsabilité subjective constituent l'armature du droit privé et du droit criminel. »

Il est certain que l'autonomie de la volonté joue un rôle immense en droit pénal, puisque l'élément intentionnel est essentiel dans la constitution des plus nombreuses et des plus graves infractions. Mais dans la comparaison faite au texte, nous faisons allusion à la situation du juge en face des infractions. Il est évident que pour le juge, celles-ci constituent des situations objectives réparties en catégories, et qui ont

ques doivent correspondre. On peut dire que la relation de l'acte administratif aux situations objectives est semblable à la relation des jugements pénaux aux infractions commises. L'idée apparaît encore plus exacte, si l'on remarque que droit pénal et droit administratif poursuivent des fins d'intérêt public. Or, dans l'un et dans l'autre, nous voyons cette règle se traduire, à des degrés différents par une relation des situations objectives aux actes juridiques.

Ceci est extrêmement net en droit pénal : L'intérêt social à réaliser s'est concrétisé dans un certain nombre de situations objectives juridiquement définies, les infractions, auxquelles correspondent des actes, les condamnations pénales dont le contenu est aussi défini (avec une certaine latitude d'appréciation) ; en droit administratif on a été beaucoup moins loin dans cette mise en forme des fins poursuivies : Il y a beaucoup plus de liberté dans la définition des situations objectives et dans le pouvoir d'appréciation de l'agent.

Et ceci nous ramène encore au problème des catégories : De même que le délit « cantonne » la peine en droit pénal, ne peut-on pas dire que les faits objectifs « cantonnent » les décisions, les catégorisent en droit administratif ? Et nous verrons aussi que cette traduction d'une orientation générale du droit vers l'intérêt public par la définition des conditions d'exercice du pouvoir juridique des agents est rendue nécessaire par les besoins de protection des libertés individuelles. Encore une fois, il s'agit d'une analogie entre les deux systèmes juridiques, non d'une identité; nous renvoyons au chapitre suivant sur cet important problème des catégories. Pour l'instant, poursuivant notre démarche, après avoir établi la relation nécessaire et directe des situations objectives aux actes administratifs après en avoir donné les raisons, nous allons en

---

une relation directe avec la condamnation à prononcer. De même la demande du fonctionnaire, subjective pour lui, est un fait objectif par rapport au supérieur qui doit y répondre.

rechercher la limite, en examinant le rôle joué par l'idée de but dans le droit administratif.

Mais, dès maintenant, sous réserve de précisions ultérieures, pourquoi ne pas donner son nom au lien unissant ainsi la réalité à l'acte ? Pourquoi ne pas appeler cause ce lien qui ne peut se définir d'aucun autre nom ? Pourquoi ne pas reprendre le terme même de la jurisprudence ? Nous allons donc admettre provisoirement que la cause d'un acte administratif, c'est *le fait ou mieux la situation objective qui est à sa base,* quitte à préciser plus tard cette explication.

Mais ceci dit, il importe de marquer les limites de cette idée : Il y a autre chose dans l'acte administratif que la cause objective.

Section II

La persistance des éléments subjectifs dans l'acte administratif, notamment de l'élément but.

Rien ne serait plus faux, disons-le tout de suite, que de vouloir tirer des idées ainsi dégagées la conséquence que tout, dans l'acte de droit public est objectif, que la volonté et la pensée de l'agent n'ont qu'un rôle de transmission mécanique sans importance Ce serait méconnaître toute réalité. Au fond, constatant la fin unique de tout le droit administratif : la réalisation de l'intérêt public, on est amené à conclure que le contrôle de la valeur juridique des actes ne peut se faire d'un point de vue purement subjectif. Mais encore, faut-il admettre que ce droit ne se réalise pas mécaniquement, mais à l'aide d'hommes investis de certains pouvoirs, et ceci nécessite une certaine part de subjectivisme dans l'acte de droit public. Aussi ne croyons-nous pas que la notion subjective du but doive totalement s'effacer devant la notion objective de cause.

En effet, d'un point de vue général, il faut admettre que les éléments objectifs et les éléments subjectifs de l'acte sont eux-mêmes liés dans la réalité. Il y a un

fait indéniable : C'est que, d'une part, l'élément subjectif de l'acte prend sa source dans les faits extérieurs; et que, d'autre part, l'élément objectif n'est connu que par les pensées subjectives. Mais c'est un argument très général, et peut-être celui-là même que méconnaît une certaine forme trop absolue du principe d'autonomie de la volonté : Laissons-le de côté.

Prenons plutôt les données propres au droit administratif. Il tend, ou plutôt l'institution administrative tend à assurer la réalisation de l'intérêt public. Or, quels sont les moyens techniques d'assurer cette réalisation ?

On peut en concevoir deux types très nets : Ou bien fixer aux agents une directive générale d'intérêt public en leur laissant le soin de trouver le moyen propre à l'atteindre. Ou bien, au contraire, leur indiquer par des prescriptions détaillées ce qu'ils devront faire devant chaque situation de fait ou de droit. Ce sont deux types idéaux de procédés, car aucun n'existe à l'état pur. Il n'existe, en effet, que de très rares hypothèses ou la directive de l'intérêt public soit la seule indication donnée à l'agent; et, par ailleurs, bien rares sont aussi les cas ou le contenu, la forme et l'époque de l'acte à intervenir sont entièrement tracés à l'agent pour chaque situation de fait possible. Il faut donc concevoir une large zone mixte où les deux procédés se combineront.

Mais, raisonnons pour l'instant sur ces procédés à l'état pur. Dans le cas où la seule directive de l'intérêt public sera tracée à l'agent, sans plus de précisions, quels seront les procédés de contrôle qui pourront être mis en œuvre à l'endroit des actes faits par lui ? Le contrôle du but et lui seul. On examinera si subjectivement l'agent a entendu réaliser l'intérêt public; on doit présumer que pour le reste, la loi a entendu lui laisser le choix des procédés et des conditions objectives d'action (23). Au contraire, si la loi a con-

(23) Et peut-être même une certaine liberté d'appréciation sur ce que doit être l'intérêt public à poursuivre.

crètement prévu la réalisation de l'intérêt public en dressant un tableau des diverses situations de fait ou de droit, avec en regard les actes à intervenir sur la base de ces situations, le contrôle sera totalement objectif.

Les deux idées semblent évidentes, et à la réflexion, il faut cependant les nuancer. L'idée du contrôle par le but seul ou par la cause objective seule, l'idée d'un contrôle ou tout subjectif ou tout objectif est-elle exacte même dans les cas extrêmes ici supposés ? Il semble que non.

D'une part, l'idée d'un but d'intérêt public doit être précisée : elle s'analyse jurisprudentiellement dans des données plus concrètes : intérêt du service, intérêt de la discipline, intérêt de l'ordre public, etc. Or, concrétiser, c'est en l'espèce objectiver. C'est indiquer en face de quelles nécessités objectives, l'agent doit exercer son pouvoir. Sans doute, la définition de ces nécessités objectives sera-t-elle très vague, et ce sera encore l'élément subjectif qui offrira le plus de prise au contrôle. Un cas pourtant existe où cet élément objectif jouera un certain rôle : Lorsque l'agent lui-même aura indiqué à quelle situation concrète il a entendu faire face; c'est la règle que les motifs doivent toujours être exacts, même si la loi n'exige pas la motivation. D'autre part, dans le cas ou l'acte découlera automatiquement de ses antécédents, l'élément but ne s'en retire pas tout à fait : Parce que l'automatisme n'est jamais absolu, en pratique. Ainsi, même dans ces hypothèses théoriques et extrêmes, le subjectif et l'objectif se combinent en proportions diverses.

Plaçons-nous maintenant dans la réalité pratique. La directive générale de l'intérêt public est toujours à la base du droit; mais, pour sa réalisation, les deux procédés ont été combinés, le procédé de la cause et celui du but. D'une part, le but d'intérêt public s'est fragmenté en règles précises et concrètes sous l'action des textes et de la jurisprudence; d'autre part, loi et jurisprudence ont mis des conditions objectives à

la validité des actes. Parfois c'est dans un seul et même texte, une seule et même règle jurisprudentielle, que les limitations ont été opérées, car les deux procédés sont souvent liés.

Nous connaissons déjà l'exemple de la loi municipale qui précise dans la trilogie célèbre de l'ordre public : sécurité, tranquillité, salubrité, ce qu'est l'intérêt public en matière de police municipale; mais du même coup, c'est définir quelles sont les situations de fait devant provoquer l'exercice du pouvoir de police. De sorte que le contrôle s'organise par les deux côtés : du côté du détournement de pouvoir, et du côté de la violation de la loi. On peut dire — chaque explication a ses mérites — devant une mesure de police incorrecte : Ou le but subjectif a été incorrect (détournement de pouvoir) ou la situation de fait ne pouvait motiver l'acte (violation de la loi). Ce sont deux procédés différents sanctionnant la directive d'intérêt public. Prenons un exemple de directive jurisprudentielle : celle relative aux nominations anticipées. Ici encore, la précision de la notion d'intérêt public aboutit à la définition de certaines situations objectives. L'intérêt public est précisé : la nomination anticipée doit avoir pour base l'intérêt du service.

Arrêtons-nous un instant à cette hypothèse qui est typique et qui montre comment juridiquement la directive de l'intérêt public tend, en se précisant, à passer de la « région des buts » à celle des antécédents.

Prenons l'arrêt Apcher du 11 mars 1931 (24) qui fixe et précise la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de nominations anticipées. On y voit se mêler, d'une façon intime, la notion de but qui est subjective et celle des nécessités de service qui est objective. On commence par identifier — au moins implicitement — l'intérêt public avec l'intérêt du service. Mais ceci étant admis, cette notion se concrétise et s'objective dans l'idée suivante.

---

(24) C. E., 11 mars 1931, Apcher. *Rev. Dr. public*, 1931, p. 135. Conclusions de M. ANDRIEU, note de M. JÈZE.

Le Conseil d'Etat déclare d'abord : « Cette pratique (c'est-à-dire la pratique des nominations anticipées) ne trouve sa justification que dans les nécessités du service », puis il constate que dans l'espèce, « il n'est pas justifié d'une raison de service de nature à donner une base légale à la procédure suivie ». Cet appel à l'idée de base légale est topique, car la base légale est un des procédés utilisés par la jurisprudence de l'examen du fait et même, à en croire le doyen Hauriou, le signe avant-coureur de la notion de cause objective. Ainsi, les nominations anticipées sont valables si elles ont comme antécédents de fait, comme cause, des « nécessités de service » objectives. Et, le plus curieux, c'est que ces nécessités de service, la Haute Assemblée commence à les préciser. Le commissaire du Gouvernement en indique un exemple dans ses conclusions: « L'hypothèse du fonctionnaire qui restera en exercice jusqu'à la remise du brevet de pension, et dont on ne peut pas prévoir exactement la date, où il faudra que son successeur le remplace » (25). Le Conseil d'Etat lui-même s'il ne donne pas d'exemples positifs, précise en somme négativement ces nécessités de service : Un laps de temps trop long entre la nomination et la date à laquelle elle prend effet est une présomption que ces nécessités de service n'existent pas. D'ailleurs, la conclusion des considérants reflète bien l'interférence constante en l'espèce de l'idée de but et de celle des antécédents; l'arrêt constate que ces mesures n'ont été prises *qu'en vue* « d'assurer d'avance à des fonctionnaires la possession de grades qu'ils n'auraient pas encore le droit de détenir », ce qui constitue un détournement de pouvoir, mais l'arrêt ne prononce que le mot d'excès de pouvoir.

---

(25) Dans un arrêt Le Bigot (C. E., 17 mai 1907, *R.*, p. 460, conclusions de M. TEISSIER), le commissaire du Gouvernement précise de même un cas où les nominations anticipées sont possibles : « dans le cas où le législateur a prévu des promotions et des avancements en quelque sorte automatiques. »

Et des exemples analogues seraient faciles à développer en matière disciplinaire, par exemple. Devant l'inexistence des fautes invoquées contre le fonctionnaire, on peut conclure, soit au détournement de pouvoir, soit à la violation de la loi par erreur de fait. Il faut même remarquer que le détournement de pouvoir a joui d'une faveur très grande dans ce genre d'espèces, tant que l'examen du fait était considéré comme difficile dans l'ouverture de la violation de la loi. Ainsi, dans l'arrêt Maugras (26), le Conseil d'Etat annule une mesure disciplinaire frappant un agent de police, parce que, en fait il n'y a pas eu faute de la part de cet agent, et parce que la mesure disciplinaire a été prise par le maire, auteur de l'acte, dans un but de vengeance. Aujourd'hui le Conseil d'Etat annulerait purement et simplement pour inexistence de la faute alléguée.

Ainsi, la technique du but et celle de la cause, différentes entre elles, ont des racines communes. De sorte que leur emploi pose moins un problème d'exactitude que d'opportunité. Vaut-il mieux organiser le contrôle de la réalisation de l'intérêt public autour de l'idée des fins poursuivies ou autour de l'idée de cause ?

Le problème est vaste; il est complexe, et c'est celui que nous aurons à examiner lorsque nous étudierons les limites d'une théorie possible de la cause. Néanmoins, il est possible d'en tracer les grandes lignes.

Il est bien évident que les deux procédés ont leurs avantages et leurs inconvénients. Quel est l'avantage du procédé de contrôle de l'acte par ses antécédents ? Essentiellement qu'il dispense le plus souvent de recherches sur les intentions, recherches toujours hasardeuses, et qu'il se concentre sur des questions de pur fait. Y a-t-il eu oui ou non, objectivement telle

(26) C. E., 16 novembre 1900, Maugras, *S.* 1901. 3. 57., note Hauriou, et *J. A.*, II, p. 332.

situation antécédente à l'acte ? Une telle question est évidemment moins épineuse à résoudre que celle de la correction intime des actes administratifs. Elle permet notamment de ne pas faire appel à des notions très délicates à manier, telles que la bonne ou la mauvaise foi de l'auteur de l'acte. A une mesure disciplinaire provoquée par une faute inexistante, le Conseil d'Etat opposera seulement l'inexistence de la faute, sans devoir entrer dans l'examen de la pensée de l'auteur de l'acte, qui a pu se tromper réellement ou feindre de se tromper; précisions toujours difficiles à donner.

Cet avantage, remarquons-le, a pu être un certain temps un inconvénient, notamment lorsque le Conseil d'Etat hésitait sur ses pouvoirs en matière d'examen du fait; mais aujourd'hui, la règle que le Conseil d'Etat est juge du fait (sous réserve de l'action du pouvoir discrétionnaire) est admise, et il n'y a plus d'inconvénient à adopter un point de vue objectif.

Le danger évident, en revanche, de ce procédé de contrôle objectif, c'est son insuffisance. Il ne vaut que dans la mesure où les actes peuvent être déterminés à partir des situations de fait; mais toute une analyse subtile lui échappe. Il est inopérant dans un domaine où il se trouve impuissant à limiter le pouvoir discrétionnaire. Un exemple nous le montre.

Dans la matière des mesures de police municipale, il arrive que les maires usent de procédés discriminatoires évidemment condamnables : On permet à telle société de musique, par exemple, de sortir en fanfare sur la voie publique et on l'interdit à telle autre. Or, quelles sont les possibilités de contrôle sur cette inégalité ? Sur le terrain des éléments objectifs de l'acte, sur celui des nécessités de l'ordre public, il peut se faire que l'interdiction prononcée contre une société soit justifiée : Au surplus, le maire possède (indépendamment de la réalité des faits), un pouvoir d'appréciation certain. Mais l'irrégularité n'est pas tant dans l'interdiction ainsi prononcée que dans l'absence

d'interdiction à l'égard de la société concurrente (27). Or, sur ce dernier point, il y a un certain pouvoir discrétionnaire du maire : S'il ne peut interdire dans certaines conditions et pour certaines fins, il reste libre d'user ou non de son pouvoir de police, et notamment de s'abstenir, sauf la substitution à lui du pouvoir hiérarchique du préfet, si ce dernier juge bon d'en faire usage. Ainsi, la non interdiction, comme l'interdiction est pratiquement irréprochable. Mais c'est le *rapprochement* de ces deux éléments qui fait déceler l'irrégularité des mesures prises. Or, il est bien évident que cette irrégularité est toute subjective, qu'elle résulte du dessein subjectif avec lequel le maire a poursuivi l'accomplissement de sa mission de police : gêner une société, favoriser l'autre. Or, du côté des éléments objectifs de l'acte, son pouvoir discrétionnaire est incontrôlable sauf un raisonnement assez compliqué (que fait parfois le Conseil d'Etat) qui consiste à dire qu'il n'y avait pas nécessité de maintenir l'ordre, puisqu'une société concurrente de la requérante pouvait sortir librement. Mais du côté du but, du côté des éléments subjectifs de l'acte, ce pouvoir discrétionnaire rencontre une limite : Le principe que la police municipale ne peut pas servir à satisfaire des rancunes personnelles ou politiques. L'annulation pourra être prononcée. Et ce qui prouve bien que tout le vice était dans les éléments subjectifs de l'acte,

---

(27) Cf. par exemple :

C. E., 17 mai 1907, Soc. Philharmonique de Fumay, *R.*, p. 478 (le grief de l'inégalité est articulé dans la requête et l'arrêt s'y réfère tacitement).

C. E., 22 novembre 1907, La Fraternelle de Beuzeville, *R.*, p. 847 (même remarque).

C. E., 30 juillet 1909, Soc. de Gymnastique *L'Espérance de Stenay* (l'arrêt prend argument explicitement de l'inégalité).

C. E., 5 juillet 1918, La Cécilienne, *R.*, p. 666.

Au contraire, voici des espèces où le Conseil d'Etat procède à un examen de fait sur la base de la nécessité de situations objectives justifiant l'acte d'interdiction.

C. E., 3 février 1911, Boillot (*R.*, p. 134) : « le défilé pouvait occasionner des désordres ».

C. E., 27 avril 1917, La Garrastarrak, *R.*, p. 328.

c'est que, celui-ci annulé, le maire pourra, à son choix, prendre l'une ou l'autre des deux mesures également valables : Ou l'interdiction pour toutes les sociétés de sortir en cortège sur la voie publique ou l'autorisation pour toutes.

Cette impuissance de la notion de cause objective à limiter ainsi le pouvoir discrétionnaire dans toute une zone d'action de ce pouvoir est le principal inconvénient de l'emploi de ce procédé : C'est, en revanche, le grand avantage des considérations subjectives à partir du but : Elles permettent de contrôler le pouvoir discrétionnaire. Ceci pour une raison qu'il faut mettre en lumière : Ce pouvoir discrétionnaire est par nature d'ordre subjectif; sa limitation la plus efficace doit donc être de même ordre. C'est ce que nous pouvons examiner maintenant.

Section III

La persistance des éléments subjectifs dans l'acte administratif (*suite*) : le pouvoir discrétionnaire.

Nous avons déjà rencontré sur notre route le problème du pouvoir discrétionnaire en examinant le contentieux de l'erreur de fait. Voici qu'il se pose à nouveau devant nous, avec cette persistance à quoi se reconnaissent les éléments fondamentaux d'une recherche juridique.

D'ailleurs, l'existence et la nécessité du pouvoir discrétionnaire ont été établies depuis longtemps et si l'on ne trouve guère d'étude systématique sur la question avant celle de Michoud, depuis cette date, les observations et les discussions sur cette partie du droit administratif se sont succédées, de telle sorte que le problème est sinon résolu, du moins bien posé (28).

---

(28) Sur le pouvoir discrétionnaire, cf. :

Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, *Revue générale d'Administration*, 1914, t. III, pp. 5 et suiv; pp. 193 et suiv., et 1915, t. I^er^, pp. 193 et suiv.

Nous voulons en donner un aperçu très rapide, dans les relations qu'il a avec notre étude, et notamment montrer comment le pouvoir discrétionnaire correspond à ce subjectivisme partiel, mais irréductible de l'acte de droit administratif.

Le pouvoir discrétionnaire est analysé généralement comme une indépendance de l'Administration vis-à-vis de la loi ou vis-à-vis du juge, la plupart des auteurs admettant que ces deux termes se confondent, puisque le juge ne peut jamais contrôler que la légalité. L'explication sur le plan pragmatique et la justification en sont aussi données depuis longtemps par l'idée que la loi ne peut régler automatiquement toute l'activité juridique, ne peut prévoir toute les situations, ne peut apprécier à l'avance toutes les mesures qui doivent en découler, et, ainsi présentée sur le plan des nécessités pratiques, il n'y a rien à reprocher à cette idée.

Mais il y a plusieurs manières de systématiser cette idée et de lui donner un sens juridique. Nous devons retenir notamment les réflexions d'un puissant intérêt que M. André Hauriou présente sur ce sujet (29), et qu'il a incorporées à la nouvelle édition du Précis de Droit administratif. Nous le devons d'autant plus que — indépendamment de leur exactitude — elles sont dans la ligne directe de notre recherche, et en vérifient certains éléments. Par ailleurs — si cette vue

---

Bonnard, art. précité dans *Revue de Droit public*, 1923.

Réglade,, art. précité dans *Revue de Droit public*, 1925.

Giraud, Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire, *Rev. gén. d'Adm.*, 1924, p. 193.

Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, *Revue de Droit public*, 1930, p. 197.

M. Hauriou (traités classiques) et *Aux sources du droit*, précité.

André Hauriou, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification* dans *Mélanges Carré de Malberg*, p. 231. (Ces observations sont reproduites dans la 12e édition du *Droit administratif*.)

Citons enfin, en droit étranger, l'ouvrage de R. von Laun, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, ainsi que les divers articles de Tezner.

Cf. également les thèses précitées de MM. Welter et Goldenberg.

(29) Article précité.

n'est pas trop ambitieuse — il nous semble que nos déductions en les rejoignant leur apportent une vérification modeste, mais non sans signification.

Dans l'explication présentée par Merkl (30), et qui tend à faire du pouvoir discrétionnaire « un épisode des relations que les règles de droit soutiennent entre elles », le pouvoir discrétionnaire découle de la formation du droit par degrés. A partir d'une norme fondamentale, le droit prend naissance sous l'aspect d'une hiérarchie de normes. Chaque norme subordonnée est plus concrète — fatalement — que la norme supérieure; il y a donc une détermination de cette norme qui ne dépend pas de la norme supérieure : elle est le fait de celui qui l'établit, et elle constitue l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (31). Ainsi le pouvoir discrétionnaire est la part qu'il faut bien abandonner — et comme à regret — à l'homme dans cet ordonnancement juridique objectiviste où l'homme a si peu de part.

M. André Hauriou combat cette explication et montre que le pouvoir discrétionnaire n'est pas « un épisode des relations que les règles de droit soutiendraient

---

(30) Cf. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft* et *Allgemeines Verwaltungsrecht* et l'analyse qu'en ordonne M. BONNARD dans un article de la *Revue de Droit public*, 1928, p. 68 : La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl ».

Cf. également : WEYR, *La doctrine de M. Adolf Merkl* dans la *Rev. internationale du droit*, 1927-1928, pp. 215 et suiv.

Sur les points communs de cette théorie avec les idées de M. BONNARD, cf. l'article de ce dernier dans les *Mélanges Hauriou* sur l' « origine de l'ordonnancement juridique ».

Signalons enfin, en droit français, indépendamment des études critiques sur le système objectiviste en général, l'étude critique de M. CARRÉ DE MALBERG : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, 1933.

(31) « L'acte de concrétisation comporte aussi une liaison juridique grâce à sa déterminante objective hétéronome et un acte de libre appréciation grâce à sa déterminante subjective autonome. Finalement, si le processus de formation du droit implique une liaison juridique, il implique aussi, à raison du phénomène de concrétisation, un pouvoir discrétionnaire. » (BONNARD commentant MERKL dans l'article précité.)

entre elles », mais « un épisode des relations qui s'établissent entre les règles juridiques et les sujets de droit ». Cette affirmation repose sur une série d'observations que nous ne pouvons toutes analyser, mais dont voici le schéma.

Tout d'abord, il est contestable que l'ordonnancement juridique soit fait seulement de normes et de situations juridiques; M. André Hauriou affirme fortement la réalité des sujets de droit (32), et la suite de son développement est une vérification de cette idée.

Quelle est la nature de la soumission des sujets de droit aux règles juridiques ? C'est ici que l'observation de l'auteur est capitale. « Les sujets de droit sont soumis aux règles juridiques, mais il y a lieu de préciser comment. Ils leur sont soumis comme à des règles extérieures, venant modifier ou arrêter leurs initiatives. » Les règles de droit sont moins des principes d'action que des bornes, des limites. Si cette paraphrase de la pensée de l'auteur est permise, elles ont ce caractère limitatif parce qu'elles sont extérieures au sujet; et elles ne deviennent principes d'action que dans la mesure où elles s'intériorisent. Comment, dans cette explication, se définit le pouvoir discrétionnaire ? C'est « cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'administration, qui n'a pas été limitée par la loi, et les règles de droit ». C'est « le pendant en droit public du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats en droit international ».

Il est vrai, qu'arrivé à ce point de l'explication, on est tenté d'y voir un point de vue opposé à celui que nous avons précédemment soutenu : A savoir que droit privé et droit public s'opposent parce que l'autonomie de la volonté existe dans l'un et non dans l'autre. On peut nous dire : Si autonomie de la volonté et pouvoir discrétionnaire ont la même origine, en quoi peuvent-ils s'opposer et justifier une différence

(32) Cf. les conclusions de M. Carré de Malberg dans l'ouvrage précité : « L'Etat est, avant tout, une formation humaine », p. 167.

entre droit privé et droit public ? Nous avons déjà donné une première réponse à cette objection, en faisant remarquer que, en droit privé, la sphère d'action attribuée à l'autonomie de la volonté est autrement large que celle attribuée en droit public au pouvoir discrétionnaire; que ce qui est la règle en droit privé est l'exception en droit public.

Mais, M. André Hauriou lui-même, dans la suite de ses explications, rend compte de la différence entre droit public et droit privé.

Le sujet de droit est, selon l'auteur, « chef d'entreprise », ce qui explique d'ailleurs pourquoi le pouvoir discrétionnaire s'exerce essentiellement dans la zone de « l'opportunité ». Le particulier fait « à tout le moins l'entreprise de la vie », les administrations celle « de l'ordre public et de l'utilité publique ». Cette idée rend compte de cette « réserve de l'opportunité » qui est le domaine d'élection du pouvoir discrétionnaire, car ce qu'il y a d'imprévisible et de spontané dans l'entreprise, c'est l'action opportune, imprévisible et spontanée, comme le sont les circonstances et les difficultés rencontrées.

Mais, et c'est ici qu'est capitale la différence entre l'autonomie de la volonté et le pouvoir discrétionnaire en droit privé, l'autonomie de la volonté va jusqu'à pouvoir déterminer le caractère de l'entreprise et la nature de ses fins. « Les sujets de droit, dit M. André Hauriou, sont leur propre fin juridique. » Ainsi l'autonomie de la volonté ne se heurte-t-elle qu'aux limites extérieures qui sont les règles juridiques : La satisfaction des besoins individuels et subjectifs, disions-nous, est son domaine propre, au moins comme fin immédiate.

Au contraire, l'entreprise administrative a sa limite interne. Elle est soumise à « une finalité précise : Celle de l'intérêt public ». Et M. André Hauriou souligne cette « orientation » dans le sens de l'intérêt public sous ses diverses formes.

Or, ceci change totalement le problème d'aspect : il nes'agit plus, comme tout à l'heure, de savoir en quoi le pouvoir discrétionnaire se distingue de l'autonomie de la volonté, mais comment en fait il subsiste. En effet, cette orientation vers l'intérêt public n'est plus une « limite extérieure »; elle devient « interne au sujet du droit » et tend « à prendre, en quelque sorte, le caractère d'une qualité de sa volonté ». M. André Hauriou pose le problème dans toute sa netteté, et sa difficulté : Si le pouvoir discrétionnaire provient du fait que les sujets de droits sont soumis aux règles de droit, comme à des limites externes, comment peut-il subsister dans un système où existe la limite interne de la règle de l'intérêt public ?

Tout d'abord cette « intériorisation » de la notion d'intérêt public n'a pas existé de tous temps; elle s'est réalisée progressivement. L'histoire des actes discrétionnaires est un exemple de cette pénétration progressive. Et, notons-le en passant, l'auteur remarque que c'est par la technique du détournement de pouvoir que ce progrès s'est réalisé (indépendamment des progrès législatifs). Mais la grande raison de la persistance actuelle du pouvoir discrétionnaire, c'est la relativité de la notion d'intérêt public, qui n'est pas une, qui n'est pas donnée une fois pour toutes, mais qui se détermine progressivement « en partie du reste grâce à l'intervention de l'administration elle-même ».

Si nous laissons de côté les autres observations que fait M. André Hauriou, nous pouvons dès maintenant noter les précisions et les confirmations que cette théorie apporte à ses idées. Sur ses mérites objectifs, il n'est pas besoin d'insister. Mettons, cependant, en lumière ce qui est pour nous le critère le plus important de son exactitude : elle rend compte à la fois de la communauté d'origine de l'autonomie de la volonté et du pouvoir discrétionnaire, mais d'autre part, elle met en relief la distinction essentielle entre droit public et droit privé : à savoir que l'autonomie

de la volonté ne se heurte qu'aux limites extérieures, mais que le pouvoir discrétionnaire est, de plus limité par ce principe intérieur d'action qu'est l'intérêt public, et qu'il ne subsiste à ce point de vue que dans la mesure où ce principe n'est pas totalement déterminé.

Du point de vue de nos explications, cette théorie est importante. Elle nous montre, en effet, que le pouvoir discrétionnaire ressortit à ce côté subjectif de l'acte, auquel ressortit aussi la notion du but. Il provient non seulement d'une certaine indépendance par rapport aux moyens, mais encore d'une certaine indépendance par rapport au but. Et ceci nous aide admirablement à comprendre en quoi, la technique du but ou détournement de pouvoir est irremplaçable : Elle réalise une limitation du pouvoir discrétionnaire toute autre que la limitation objective résultant de la liaison de l'acte à ses antécédents. Il n'est pas possible, il n'est pas souhaitable que l'acte découle automatiquement de ses antécédents.

Dans la marge de liberté qui résulte de cette constatation l'Administration va-t-elle être entièrement libre ? Elle va être soumise à la directive du but d'intérêt public; mais cette soumission n'est pas encore une fois de nature automatique : Il va y avoir une certaine indétermination de ce but, et c'est dans cette zone d'indétermination que réside le pouvoir discrétionnaire. Pour réduire cette zone d'indétermination — dans la mesure où c'est souhaitable, car elle est nécessaire — il y aura un procédé : le contrôle de but ou de l'élément subjectif de l'acte. C'est parce que le pouvoir discrétionnaire existe dans la région du but qu'une technique à base de but pourra le contrôler, alors qu'une technique fondée sur la recherche des éléments objectifs de l'acte ne le pourra guère.

Ajoutons à ceci une remarque déjà faite. C'est que, au fur et à mesure que les lois, les règlements, et même la jurisprudence viennent préciser la notion d'intérêt public en la concrétisant, ils le font, le plus

souvent, en définissant certaines situations objectives. Nous avons donné plus haut deux exemples de ce phénomène, tirés l'un de la matière de la police municipale, l'autre de la matière des nominations anticipées. Ceci est très fréquent, ce n'est pas fatal. Car il est des cas où cette « solidification » de la notion d'intérêt public en une notion concrète définie par des situations objectives n'est guère possible. Dans ce cas, la poursuite de la fin d'intérêt public relève plutôt de la moralité administrative que de la légalité proprement dite (33). Il sera plus aisé de dire ce qu'elle n'est pas que de préciser ce qu'elle doit être, et néanmoins le pouvoir discrétionnaire de l'Administration ne devra pas être illimité. Aussi, le juge saisira-t-il dans la décision son « esprit », et à défaut d'une définition positive de l'intérêt public en donnera une définition négative : Ce ne peut pas être un intérêt personnel, ce ne peut pas être tel intérêt administratif particulier, etc. Là, nous sommes à l'extrême pointe de l'élément subjectif de l'acte administratif, dans le domaine propre du détournement de pouvoir et de la mise en œuvre de l'idée de but, seul procédé de limitation possible du pouvoir discrétionnaire en ce cas.

Ainsi, la technique du but garde un rôle essentiel à côté de la technique de la cause pour deux grandes raisons :

Avant que l'intérêt public pour une activité donnée se soit concrétisé sous l'action de la loi, de la règlementation, de la jurisprudence dans des intérêts particuliers définis par des situations objectives, c'est par la considération du but, élément subjectif de l'acte, que la limitation du pouvoir discrétionnaire est pos-

(33) Cf. Th. WELTER, précitée sur *Le contrôle juridictionnel et la moralité administrative* (Nancy, 1929). M. WELTER a une tendance un peu excessive à tout faire entrer dans le contrôle et la moralité, y compris le contrôle des antécédents de fait de l'acte. Mais il montre excellemment que le détournement de pouvoir est un procédé de limitation du pouvoir discrétionnaire (pp. 39 et suiv).

sible. Ce rôle n'est d'ailleurs nullement passager par rapport à l'ensemble du droit administratif, car au fur et à mesure que se concrétise la notion d'intérêt public par rapport à ces activités administratives, d'autres possibilités d'activité naissent (ou renaissent) et avec elles de nouvelles zones d'indétermination.

Deuxièmement, certaines règles de moralité administrative sont de leur nature impossibles à préciser totalement. Là encore la limitation du pouvoir discrétionnaire ne peut s'organiser qu'autour de l'idée de but.

Ajoutons pour être complet que ce sont là des vues théoriques, et que, sur le plan contentieux, les choses sont loin d'être aussi nettes. Tout d'abord la jurisprudence (par le procédé des motifs) mêle souvent le contrôle des antécédents de l'acte à celui des éléments subséquents, du but poursuivi. Ceci est très fréquent : tantôt l'absence de faute disciplinaire à la base de la répression constitue un détournement de pouvoir et tantôt une violation de la loi. De plus, il y a des hypothèses classiques où la tradition impose de choisir un procédé plutôt que l'autre. Enfin, il y a de nombreux cas où le contrôle par les antécédents et le contrôle par le but sont aussi commodes l'un que l'autre.

Conclusions

Nous ne croyons pas inutile de résumer très brièvement les idées exprimées dans ce chapitre :

1° En raison de l'absence en droit public du principe d'autonomie de la volonté, il existe une relation directe des situations objectives aux actes administratifs indépendamment de toute notion subjective, notamment celle de but. Cette relation peut s'exprimer en disant que les situations objectives sont la cause des actes;

2° La notion de but garde cependant dans la théorie de l'acte administratif son importance, car elle traduit la part irréductible de subjectif que renferme tout acte juridique;

3° Les relations entre la cause et le but sont les suivantes : La réalisation de l'intérêt public est la fin de l'institution administrative. Ce principe peut se traduire de deux façons différentes : Ou bien, en définissant en détail les situations objectives qui doivent être à la base des divers actes, ou bien en exigeant que les actes aient comme but l'intérêt public. Mais ces deux procédés se combinent en pratique très souvent, de telle sorte que le contrôle, à partir de la directive de l'intérêt public, peut s'opérer par la cause aussi bien que par le but; chacun de ces deux procédés ayant ses avantages et ses inconvénients.

4° L'emploi de la notion de cause objective permet un contrôle très rapide, dégagé de toute recherche psychologique relative aux intentions de l'auteur de l'acte. Mais il trouve ses limites précisément dans les cas où l'irrégularité est toute subjective, et réside notamment dans l'usage abusif que l'auteur de l'acte a fait de son pouvoir discrétionnaire.

5° « Le pouvoir discrétionnaire se justifie par la marge de liberté dont tous les sujets de droit jouissent vis-à-vis des règles externes, en leur qualité de chefs d'entreprise; vis-à-vis de la notion d'intérêt public et des directives internes qui en peuvent découler, le pouvoir discrétionnaire correspond au fait de la détermination progressive de l'intérêt public. » (A. Hauriou.) Un des rôles essentiels de la technique du but paraît donc être la limitation du pouvoir discrétionnaire par l'idée du but d'intérêt public.

Cause objective, but subjectif sont deux points de vue différents sur une directive unique : l'orientation de l'acte administratif dans le sens de l'intérêt public.

CHAPITRE III

La notion de catégorie. Son rôle en droit administratif.

SECTION I

Le « procédé technique » de la catégorie.

Etudiant les divers procédés de la technique juridique, M. Gény (1) met au premier plan (dans l'ordre d'ancienneté) un ensemble de procédés qu'il appelle « plastiques », qui ont pour résultat, dit-il, « d'enfermer les phénomènes de la vie sociale — que le droit entend reconnaître, en vue d'en garantir autoritativement les effets — dans des cadres presque matériels ou sensibles, et à tout le moins plastiques qui paraissent nécessaires pour les spécifier et leur assurer la force de la sanction positive ». Ces procédés, dit l'auteur, sont essentiellement au nombre de deux : L'utilisation des *formes* et l'utilisation des *catégories*. Passons sur les formes, qui dans la technique du droit administratif, jouent un rôle bien connu pour la protection des administrés et pour celle même de l'administration (2).

M. Gény (3) met par ailleurs en lumière le « rôle des catégories réelles dans la technique du droit » et en

(1) GENY, *Science et technique*, III, p. 94. Cf. également, *Méthode d'interprétation et sources.*

(2) Les formes « sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'Administration elle-même ». LAFERRIÈRE, II, p. 492.

Cf. également, HAURIOU, *Précis*, p. 441.

(3) GENY, *Science et technique*, III, p. 123.

fait un historique d'ensemble à partir du droit romain, où ce procédé technique triomphe pendant une longue période, avant de s'effacer peu à peu dans le droit privé moderne, au fur et à mesure que se développait l'autonomie de la volonté.

Avant d'examiner à la lumière des idées du savant doyen le rôle des catégories et la place qu'on peut leur assigner en droit administratif, il n'est peut être pas inutile de savoir ce que veut dire l'expression « catégorie ».

A notre connaissance, si M. Gény indique les traits distinctifs des catégories juridiques, il ne donne pas de définition de la catégorie elle-même. Or, le mot ne laisse pas d'avoir un sens assez vague. Il est évident qu'il faut laisser de côté la signification ou plutôt les significations proprement philosophiques qu'il peut présenter. L'étymologie ne nous apprendrait guère davantage. Ce que l'on peut constater, c'est que dans la langue vulgaire, et même dans le langage juridique, le mot de catégorie équivaut à celui de « genre » ou de « classe ». La catégorie est une synthèse d'éléments divers qu'un caractère commun permet de grouper dans un même concept.

Telle quelle cette expression est évidemment assez vague, et notamment il ne faut pas demander à la catégorie un principe de hiérarchisation dans l'univers juridique, comme elle pouvait l'être dans l'univers philosophique d'Aristote ou de Kant. On qualifie tour à tour de « catégories » des classes de phénomènes ou d'événements juridiques dont l'importance relative est très variable. Au sein d'une même catégorie, il y aura même des catégories subordonnées. Ainsi dans la catégorie des contrats on sous-distinguera les contrats réels ou formels, dans les contrats réels, la catégorie du prêt, etc... Rien donc dans le mot catégorie qui ait ce sens rigoureux qu'ont par exemple les mots « ordre », « classe », « genre », dans les classifications des sciences naturelles.

Mais ceci n'ôte nullement au procédé technique de la catégorie son importance. On peut dire que la catégorie est un procédé d'unification et de prévision dans le monde juridique. En tant que procédé, il consiste à réunir sous un vocable commun des phénomènes juridiques ayant un trait commun, et à faire de la catégorie ainsi créée un élément objectif du monde juridique, obéissant à certaines règles propres. M. Gény définit ainsi ce système : « Le système des catégories apporte l'avantage de couler les institutions reconnues en des moules préformés, qui leur assurent cette précision des conditions et cette fermeté des effets, sans lesquelles il n'est pas d'ordre social solidement établi. »

Nous disions plus haut que la catégorie est à la fois un procédé d'unification et un procédé de prévision dans le monde juridique. Ceci apparaît très nettement en droit privé, par exemple, où le système des catégories est en opposition avec le principe d'autonomie de la volonté. Par le jeu des volontés librement créatrices, on obtiendrait un droit qui n'offrirait pas d'unité, ni, en partie, de prévisibilité. Autant d'actes dont la diversité exclut la synthèse, autant de solutions juridiques. Et ces solutions juridiques seraient, remarquons-le, assez hasardeuses, puisqu'elles ne pourraient se référer qu'à des règles comme l'équité, seules assez vagues et générales pour valoir dans des cas aussi divers. M. Gény montre, comment en dépit du principe d'autonomie, le système des catégories a cependant résisté en droit privé, surtout dans la matière des droits réels.

C'est dans la mesure où une science unifie qu'elle peut donner des lois, c'est-à-dire prévoir. C'est surtout sur le rôle des catégories dans la prévision juridique que nous voudrions brièvement insister.

Le besoin de prévision est nécessaire dans le droit en général, mais il est maximum là où le sujet de droit réclame le plus de garanties. Il est maximum là où le sujet de droit met en jeu l'essentiel de sa personnalité et notamment dans les relations de l'indi-

vidu avec l'Etat. Il est d'autant plus grand dans ce domaine qu'il n'y a plus égalité entre les divers acteurs du monde juridique.

A ces prémisses correspond très exactement la constatation que le droit criminel est tout entier catégorisé. Tous les actes qui y acquièrent valeur juridique y sont catalogués et groupés en catégories d'infractions, elles-mêmes classées en genres plus vastes (crimes, délits, contraventions, attentats à la personne, attentats aux biens, etc...). De plus, à ces catégories d'infractions correspondent des catégories de peines. Naturellement, cette correspondance n'est pas automatique : Elle est tout d'abord compliquée par les règles relatives à la responsabilité subjective de l'agent; elle présente, en outre, une marge de libre appréciation laissée au juge (4). Mais la base essentielle de notre système criminel, celle qu'exprime l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », c'est qu'il n'y a pas de « délits innommés », ni de « peines innommées ». On conçoit tout ce que ce système donne de garanties à l'égard de la liberté individuelle. Même si l'on laisse de côté toutes les règles concrètes relatives aux principes de l'instruction et du jugement, il n'en reste pas moins que le système des catégories offre à l'individu une espèce de catalogue des actes dont il doit s'abstenir, avec la certitude qu'il ne peut être inquiété pour tous les actes non prévus dans cette liste. Ainsi, le système des catégories se présente là comme protecteur du sujet de droit.

Il nous faut examiner, dans un droit, où il y a aussi — à un degré moindre — une protection de la liberté individuelle à organiser, dans le droit administratif, quelle est la place et le rôle du système des catégories.

---

(4) L'actuel projet de Code Pénal prévoit notamment une plus grande marge de liberté pour l'appréciation du juge et des facilités plus grandes pour l' « individualisation des peines ».

Section II

Le rôle des catégories en droit administratif : la cause catégorique.

Dans un passage consacré à la note du doyen Hauriou sous l'arrêt Lefranc, et à ce qui y est dit de la cause catégorique, Duguit (5) proteste avec vigueur contre la tentative faite « pour revenir à un système de droit, sinon formaliste, du moins rigide, analogue à celui du droit romain ». Il est évident qu'un tel essai serait condamné d'avance, mais le reproche que fait Duguit à Hauriou repose sur une confusion.

D'abord, le système des catégories n'est pas fatalement un système formaliste. Il n'y a rien de moins formaliste que la classification des délits ou des crimes dans le Code pénal, et cependant c'est une mise en œuvre incessante des catégories. A vrai dire, il peut y avoir des catégories formelles, et le type en est, par exemple, la classification en droit privé entre les contrats solennels et les contrats non solennels. Mais la classification la plus solide peut-être en matière contractuelle, celle des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux est la moins formaliste qui soit, puisque, suivant l'avis de M. Josserand (6), c'est en fin de compte la seule intention libérale ou non libérale de l'auteur qui peut servir de critérium en la matière, supplantant en cela tous les critères fondés sur les formes, ou même sur l'aspect économique des ates. Ne confondons pas l'utilisation des catégories avec le formalisme.

Mais, que le droit administratif soit un droit de catégories, cela ne nous semble guère niable. Il présente tout d'abord ces catégories formelles, dont nous ne voulons pas faire état ici, mais qui existent, et dont certaines sont même imposées par le droit constitutionnel.

---

(5) Duguit, *Dr. constitutionnel*, II, p. 404.

(6) Josserand, *Essais de téléologie*, II, Les mobiles, p. 570.

Mais, indépendamment de ces formes, il présente une multiplicité de catégories réelles dont la détermination provient de multiples recoupements entre les règles juridiques diverses. Au sommet du droit administratif, il y a une première catégorisation très vaste, mais réelle : Celle des actes conformes à l'intérêt public, et celle des actes poursuivant d'autres fins, la première catégorie ayant seule valeur juridique.

D'autre part, tous les citoyens, ou tous les agents ne sont également habilités à poursuivre ces fins : les pouvoirs sont catégorisés. Ils ne sont pas seulement catégorisés par rapport à leurs auteurs, mais par rapport aux fins qu'ils doivent poursuivre, fins dans lesquelles l'intérêt public est particularisé et concrétisé. Or, nous savons que cette délimitation de l'intérêt public in *concreto* se fait par deux procédés: celui de la cause et celui du but. Il doit donc y avoir une relation d'une part entre la cause ou le but des actes, et, d'autre part, les catégories auxquelles celles-ci appartiennent. Nous retrouverons cette idée dans un instant.

Au fond, y a-t-il des actes administratifs innommés ? C'est à celà que l'on peut reconnaître si l'idée des catégories dans le droit public est exacte ou fausse. Or, la réponse à cette question peut être faite presque a priori. Si l'on considère le droit privé, on voit que les actes innommés sont le résultat du jeu de l'autonomie de la volonté. On peut donc répondre presque à coup sûr, que, en droit administratif, il n'y a pas d'actes innommés. A ce sujet, d'ailleurs, répétons une fois encore, que par actes innommés, il ne faut pas entendre des actes dont la forme serait imprévue ou nouvelle : Le droit administratif n'est pas, dans sa totalité, formaliste et les décisions peuvent en certains cas être purement verbales, voire tacites, ce qui constitue le minimum de formalisme. Mais y a-t-il des actes « *sui generis* », des actes qu'on ne puisse rattacher à aucune catégorie, et qui soient cependant valables ? Au sommet de la hiérarchie administrative on est en face des décrets réglementaires, et voici déjà

longtemps que la jurisprudence et la doctrine ont essayé de catégoriser le domaine d'action du pouvoir réglementaire, la directive générale étant que celui-ci a pour rôle d'assurer l'application des lois (7). Il est donc catégorisé par rapport à ces lois. Par ailleurs, dans la vie des administrations, et dans leurs rapports avec le public, les décisions administratives possibles sont prévues de façon plus ou moins large. Il n'appartient pas au Maire de faire des actes autres que ceux pour lesquels la loi municipale ou les textes spéciaux lui donnent compétence. Là, peut-être, où on trouverait une certaine absence de catégories, c'est dans ce que le doyen Hauriou appelle « la vie intérieure des administrations publiques » (8), peut-être dans ce que le Conseil d'Etat nomme « mesures d'ordre intérieur » et où il semble que l'autonomie des administrations s'épanouisse (9). Mais l'ensemble du droit administratif est catégorisé, et l'examen de la jurisprudence le montre abondamment. Il est, en effet, curieux que, dans nombre d'espèces, avant d'aborder le problème au fond, les commissaires du gouvernement et la Haute-Assemblée elle-même examinent dans quelle catégorie doit se ranger l'acte ainsi attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir.

L'explication de cet examen, on la connaît déjà : En droit privé, le juge saisi d'un contrat n'a pas — sauf exception — à essayer de classer ce contrat dans une catégorie légale. Il peut être utile de le faire, soit pour l'interpréter, soit pour en faire apparaître certains vices, mais a priori, rien n'impose cet examen,

---

(7) Cf. divers arrêts annotés par le Doyen Hauriou et rapportés dans *J. A. I.*, pp. 16 à 84.

Cf. également :

Moreau, Le règlement.

Delvolvé, Les délégations de matières en droit public, *Th. Toulouse*, 1930.

(8) Cf. Hauriou, note sous C. E., 22 février 1918, Cochet d'Hattecourt, *S.*, 21. 3. 9, et *J. A.*, II, p. 194.

Cf. également C. E., 22 mars 1912, Le Moign, *S.*, 13. 3. 105, et *J. A.*, II, p. 188.

(9) Cf. les arrêts rapportés dans Alibert, pp. 81 à 83.

parce que la volonté produit effet librement et sans être astreinte à se couler dans certains moules. En droit administratif, au contraire, le principe est inverse : Il faut tout de suite savoir dans quelle catégorie l'acte doit être rangé, parce que de toutes parts la volonté de l'administration est réglementée et limitée. La très riche jurisprudence du contrôle des mesures prises à l'égard des fonctionnaires nous montre que, la Haute-Assemblée s'efforce, avant tout examen au fond, de déterminer la « nature » de la mesure prise, de façon à savoir si elle est correcte. On verra plus loin quelques exemples de cette jurisprudence.

Le Doyen Hauriou définissant la cause d'un acte comme le « fait déterminant qui classe cet acte dans une catégorie légale » interprétait avec une admirable lucidité le sens de la jurisprudence de la cause. En effet, on a déjà eu l'occasion d'insister sur ce point, la compréhension complète de l'arrêt Trépont et des arrêts suivants, exige que l'on fasse appel à l'idée de catégorie. On se trouvait dans des cas où une mesure prise contre un fonctionnaire était fondée sur une prétendue demande de ce dernier, en réalité inexistante. Comme la mesure eût légalement pu intervenir d'office, la première solution qui se présentait à l'esprit, c'était d'annuler la mention inexacte, mais de laisser subsister l'acte. C'était, dans l'arrêt Trépont, la solution préconisée par le Commissaire du Gouvernement, et peut-être même celle qu'avait entrevue le requérant (10). L'annulation totale est donc illogique, si l'on ne recourt pas à l'idée suivante: un congé d'office ne peut pas être substitué par le juge de l'excès de pouvoir à un congé sur demande parce que ce sont deux actes distincts. La demande cause de l'acte étant inexistante, l'acte est inexistant, et s'il appartient au Conseil d'Etat de renvoyer le fonctionnaire devant l'Administration pour faire ce que de droit, il ne lui appartient pas, par contre, de transformer un congé

(10) V. *supra*, p. 124.

d'une certaine catégorie en un congé d'une autre catégorie, résultat qui serait atteint en supprimant purement et simplement la mention « sur sa demande ».

Ainsi quel est l'effet de la demande sur la mise en congé ? Cette demande n'est pas, peut-on dire, une mention surajoutée au congé, elle n'est pas un des « mobiles impulsifs » possibles du congé, suivant la théorie de Duguit, mais elle s'intègre à l'acte, parce qu'elle a pour effet d'en déterminer la catégorie. C'est par la catégorie que les situations objectives influencent les actes, et ceci mérite réflexion.

Dire que les situations objectives sont les causes des actes du droit public, c'est dire qu'elles jouent un certain rôle dans la confection de ces actes. Or, de quelle nature peut être ce rôle? On peut concevoir tout d'abord le lien le plus étroit qui soit : L'acte est parfois déterminé dans sa totalité par les situations objectives, il découle automatiquement de ces situations. L'agent ne joue pas pour ainsi dire de rôle actif dans ces hypohèses, il a pour mission de constater que les conditions prévues par la loi sont réunies et d'authentifier l'acte. Ces actes n'occupent naturellement qu'une petite partie du champ d'action des administrations. Pour la majorité des cas auxquels nous faisons allusion, il s'agit de la délivrance de pièces que l'administré doit obtenir automatiquement sur sa demande. Ainsi d'une part l'acte à faire, d'autre part les situations a apprécier sont dépourvus de complexité.

Il s'agit par exemple de la délivrance d'un récépissé, d'un permis de chasse, d'une délivrance d'alignement (11).

Dans de semblables hypothèses, bien que la sanction contentieuse soit parfois, du point de vue pratique, insuffisante (12), il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire qui joue. Au surplus, le fait de la demande ou du dépôt de certaines pièces ne prête guère à des appréciations de fait divergentes : Dans la plénitude

(11) Cf. Réglade, article précité, *Rev. Dr. public*, 1925.
(12) Cf. Hauriou, *Précis*, p. 357.

du sens et même au sens physique du mot, les antécédents objectifs de l'acte en constituent la *cause :* Ils le déterminent comme la cause physique détermine son effet. Exceptionnellement d'ailleurs, on peut observer la même rigueur de la cause dans des situations plus complexes, et il en est ainsi dans la matière des dérogations aux règles du repos hebdomadaire (13) : Du moment que les situations objectives définies par la loi existent, la dérogation doit être accordée. D'ailleurs, dans une semblable espèce, il ne subsiste pas moins de difficultés pour apprécier les circonstances de fait, mais le Conseil d'Etat contrôlant l'appréciation qu'en a fait le préfet, il ne reste plus aucun pouvoir discrétionnaire au profit de ce dernier (14).

Hypothèses exceptionnelles, disions-nous, et avec raison car la vie administrative est faite de toute autre chose que d'une production automatique des actes par les situations objectives. Dans la plupart des cas, il existe un pouvoir discrétionnaire qui se traduit par une certaine liberté dans l'accomplissement des actes. Le problème est donc de savoir comment concilier l'existence de la relation entre les situations objectives et les actes, avec l'existence du pouvoir discrétionnaire. Comment l'acte peut-il être à la fois déterminé par sa cause objective et comporter une certaine liberté d'appréciation de la part du fonctionnaire ?

Ce problème existe, a été aperçu, et même présenté parfois sous forme d'objection adressée à la théorie de la cause objective du doyen Hauriou. C'est ainsi que dans sa thèse, M. Roques (15) fait observer que l'existence du pouvoir discrétionnaire s'oppose à ce que les actes soient déterminés par leur cause, détermination qui ne laisserait aucun champ d'action possible au pouvoir discrétionnaire.

---

(13) Cf. *supra*, p. 77.
(14) Cf. GOLDENBERG, p. 225.
(15) ROQUES, thèse précitée, p. 173.
Cf. également WELTER, thèse précitée.

Si l'on soutenait évidemment que tous les actes administratifs sont déterminés dans leur totalité par les situations objectives, ce serait d'abord faux et ensuite absurde. Ce n'est naturellement pas ce qu'a entendu le doyen Hauriou. Bien au contraire, tenant compte de l'existence du pouvoir discrétionnaire, il a assigné à la cause un rôle qui laisse intacte la sphère d'action de ce pouvoir.

Dans une certaine mesure, la cause détermine l'acte, mais quelle est cette mesure ? L'idée de catégorie fournit une réponse satisfaisante, en conciliant la liaison de l'acte à ses antécédents avec l'existence du pouvoir discrétionnaire.

On peut dire que les situations objectives déterminent les actes dans la mesure où elles leur assignent certaines catégories. Avant d'aller plus loin, remarquons tout de suite que ceci rend compte assez bien de la liberté résultant pour l'administration de l'existence du pouvoir discrétionnaire. Celui-ci subsiste et il se manifeste notamment dans certaines appréciations de fait, souvent dans le choix entre l'abstention et l'action, dans la détermination du contenu de l'acte. Ce que la cause lui fournit et lui impose, c'est le moule dans lequel l'acte doit être coulé, c'est la voie dans laquelle va s'engager l'activité administrative. Au fonctionnaire qui demande un congé, l'administration sera libre, en principe, de répondre affirmativement ou négativement; mais elle ne pourra accorder qu'un congé sur demande. Devant certains faits disciplinaires, l'administration pourra ou non prendre une mesure, mais si celle-ci intervient, elle devra présenter le caractère disciplinaire. Aux nécessités financières de la commune devront répondre des mesures d'une certaine catégorie, mais qui ne pourront être des mesures de police. L'acte et son contenu ne sont pas imposés par les situations de fait à l'administration; mais ce que celle-ci leur impose c'est une certaine catégorie à laquelle les décisions à intervenir devront appartenir.

La matière des licenciements pour suppression d'emploi fournit un bel exemple de ce que nous avançons. On sait que, dans une certain nombre d'hypothèses, les licenciements qui ont pour base des suppressions d'emploi purement fictives ou entachées d'incompétence sont sanctionnées par la technique de la cause : Le licenciement est nul, à raison de l'inexistence de sa cause juridique, la suppression d'emploi.

Mais il est des arrêts qui, dans la même matière s'expriment un peu différemment. C'est dans la matière des mesures prises à l'égard des gardes-champêtres, matière classique de discussion entre les maires et les préfets, que ces arrêts sont surtout intervenus. Il arrive que, n'étant pas compétents pour révoquer les gardes-champêtres, certains maires fassent voter par le Conseil municipal une suppression — pour raison d'économie notamment — de l'emploi de garde-champêtre. La conséquence de cette circonstance, c'est que, sur la base de cette décision, et pour pourvoir à son exécution, le maire licencie le ou les gardes-champêtres. Remarquons, en passant qu'il ne serait pas compétent pour opérer une véritable révocation; et ceci a de l'intérêt, car voici prise sur le vif la distinction qui existe entre la catégorie de la révocation et celle du licenciement pour suppression d'emploi, le maire étant compétent dans le second cas, non dans le premier.

Naturellement, il n'y a aucune présomption de fait pour que le licenciement ne soit pas valable, car la suppression d'emploi peut avoir eu réellement pour but un désir d'économie et non le désir de licencier le garde-champêtre. Mais il peut arriver aussi que cette décision soit viciée. Le Conseil d'Etat ne peut guère en saisir le vice que dans le but et les éléments subjectifs de l'acte. On est dans un de ces cas où la technique du but est supérieure à celle de la cause : Alors qu'il serait difficile au Conseil d'Etat d'apprécier la situation objective et les nécessités d'économie, il appréciera généralement assez vite l' « esprit » dans lequel la suppression d'emploi a été décidée. Si cette

suppression d'emploi est viciée par un détournement de pouvoir, quelle est la situation de l'acte de licenciement auquel elle servait de base ? Il n'a plus de cause juridique, tout comme si la suppression d'emploi avait été fictive ou entachée d'incompétence. car le détournement de pouvoir rend la suppression d'emploi nulle. La conséquence de ceci, dit souvent le Conseil d'Etat, c'est que le licenciement constitue une « révocation déguisée ». En effet, l'acte qui a désinvesti le garde-champètre de ses fonctions ne constitue plus un licenciement pour suppression d'emploi, puisque la suppression est nulle, c'est-à-dire inexistante. A quelle catégorie appartient-il? On pourrait répondre : à aucune. Mais le Conseil d'Etat pousse l'examen plus loin; il considère les effets de l'acte faussement qualifié de licenciement : la sortie du service public. Or, étant donné qu'il ne peut s'agir, ni d'une démission, ni d'une mise à la retraite, ni d'aucun autre mode de sortie du service, il ne demeure qu'une hypothèse : c'est une révocation (16).

La conséquence logique de cette constatation serait que le Conseil d'Etat cherchât à nouveau si ce classement dans une catégorie disciplinaire est justifié par des fautes objectives. Mais la plupart du temps, il n'en est pas besoin. En effet, un moyen de nullité s'offre tout de suite à lui : Pour le garde-champêtre, l'incompétence du Conseil municipal et du Maire, et de façon générale pour les fonctionnaires la violation de l'article 65 de la loi de 1905, relatif à la communication du dossier. Résumons le schéma du raisonnement jurisprudentiel; la suppression d'emploi est nulle pour détournement de pouvoir, le licenciement a donc une fausse cause, il n'appartient donc pas à la catégorie des licenciements pour suppression d'emploi. Il ne peut appartenir qu'à la catégorie des mesures disciplinaires; sans s'attarder à savoir si cette catégorie

(16) Cf. : C. E., 24 juillet 1930, Delalande. *Rec.*, p. 780.
C. E., 28 décembre 1927, Jamotte. *Rec.*, p. 1280.
C. E., 21 décembre 1927, Castelin. *Rec.*, p. 1124.
C. E., 8 février 1930, Quet. *Rec.*, p. 156.

eût été correctement alléguée, on constate qu'elle n'entre pas dans la compétence des autorités communales et l'acte est donc nul. En revanche, si la suppression d'emploi est correcte, le licenciement appartient réellement à la catégorie des licenciements pour suppression d'emploi, pour lesquels le Maire était compétent (17). Voilà un cas curieux où le détournement de pouvoir viciant la cause de l'acte, la catégorie de l'acte est fausse pour inexistence juridique de la cause.

D'ailleurs, ces espèces imposent une autre remarque. En quoi consiste le détournement de pouvoir commis dans la décision de suppression d'emploi ? En ce que cette suppression d'emploi a eu pour *but exclusif* de permettre le licenciement. Le licenciement doit découler de la suppression d'emploi, mais la suppression d'emploi ne doit pas être inspirée par le désir d'opérer un licenciement. On est exactement dans la même hypothèse que celle de l'arrêt Verdalle (18) où le Conseil d'Etat décide que la dissolution d'un Conseil municipal qui a normalement comme effet la nomination d'une délégation spéciale ne peut être prononcée dans le seul but de permettre cette nomination. La Haute-Assemblée déclare même que la nomination de la délégation ne doit pas être « la cause » de la dissolution. Or, nous verrons par ailleurs, que certains actes peuvent avoir exceptionnellement leur cause objective dans le futur. Ainsi, lorsqu'un fonctionnaire est « appelé à d'autres fonctions », les futures fonctions sont la cause objective de la mesure prise, et nous dirons comment cette anomalie peut s'expliquer (19). Mais c'est une anomalie, car ce qui est normal, c'est que la cause, élément objectif soit réalisée antérieurement aux actes qu'elle détermine.

---

(17) C. E., 20 janvier 1928, Nières, *Rec.*, p. 89.
(18) Cf. *supra*, p. 118.
(19) V. *infra*, ch. v.

Dans l'arrêt Verdalle, et dans les hypothèses que nous venons de citer, on pourrait abandonner l'idée de but et de détournement de pouvoir pour expliquer la nullité de la suppression d'emploi, Ne pourrait-on pas dire que l'acte est nul pour interversion de la cause ? Le licenciement a été la cause de la suppression d'emploi, alors que c'est l'inverse qui est correct. Mais ceci, en maintenant toujours à la cause son sens objectif, et en n'en faisant pas le synonyme de but; d'ailleurs, il faut reconnaître franchement que ce n'est qu'une hypothèse, et que la technique du détournement de pouvoir offre ici des avantages très certains.

Un autre exemple du rôle des catégories en droit administratif est la jurisprudence relative aux fonctionnaires, mis en disponibilité, alors qu'il est spécifié qu'ils « sont appelés à d'autres fonctions ». Laissons de côté pour l'instant le point de savoir si, comme nous le disions plus haut, les futures fonctions peuvent être regardées comme la cause de la mise en disponibilité. Pour l'instant, il faut simplement remarquer que le Conseil d'Etat exige que, à la suite de cette décision, le requérant soit placé « dans une position régulière » (20). Ce qui revient à dire plusieurs choses : D'abord qu'il y a un certain nombre de positions (c'est-à-dire de catégories) dans la carrière d'un fonctionnaire, et qu'il n'appartient pas à l'Administration de laisser un fonctionnaire en dehors de toute position reconnue. En second lieu, que la mise en disponibilité est nulle si le requérant n'est pas placé dans une position régulière, ce qui nous ramène au problème de la cause objective postérieure à l'acte, qui sera examiné plus tard.

Aussi, on peut dire que la situation objective prise en tant que cause d'un acte a pour effet de déter-

(20) Cf. : C. E., 28 mars 1924, Régnier, *Rec.*, p. 355.
C. E., 5 mars 1930, Billecard. *Rec.*, p. 241.
C. E., 16 décembre 1931, Féret de Langlois, *Rec.*, p. 1117.

miner, à défaut de la totalité de l'acte, la catégorie à laquelle il doit appartenir. Il faut dire aussitôt que dans cette détermination, il y a des degrés de précision très divers qui se manifestent par la largeur plus ou moins grande de la catégorie ainsi déterminée. Par exemple, nous avons vu des cas où la nature de l'acte à intervenir est déterminée de façon étroite. Il en est où elle l'est plus largement : La faute disciplinaire appelle une mesure disciplinaire. Mais il y a diverses catégories de mesures disciplinaires parmi lesquelles il y aura lieu de choisir; les troubles à l'ordre public municipal appellent des mesures de police, catégorie évidemment très vaste. Il est vrai que, en certain cas, une règle jurisprudentielle peut avoir poussé plus loin la détermination de la catégorie : Ainsi, en matière municipale, par exemple, certaines situations de fait peuvent déterminer des mesures de réglementation, mais non d'interdiction totale (21). Il est évident que la précision de la catégorie déterminée par la situation objective varie infiniment. Nous avons déjà vu que l'acte peut se trouver absolument déterminé par la situation objective; nous venons de voir que le plus souvent c'est son aspect général, sa catégorie qui se trouvent seuls déterminés. Un bon exemple de ceci, c'est l'expropriation pour cause d'utilité publique, acte ou plutôt ensemble d'actes que détermine la situation objective de l'utilité publique existant en certaines matières. Mais la catégorie déterminée peut être très large; nous avons cité l'exemple des mesures de police; on peut encore citer celui des « circonstances exceptionnelles » qui élargissent le champ de l'activité économique des communes, en

(21) Par exemple, en matière de « police du bruit », les interdictions de jouer d'un instrument de musique qui ont un caractère absolu et général ne sont pas légales :

C. E., 10 avril 1930, Derome. *Rec.*, p. 417,

et, dans une espèce un peu différente (bruits d'animaux) :

C. E., 10 juillet 1931, Méliodon. *Rec.*, p. 758.

Mais l' « interdiction sauf autorisation » est, en certains cas, légale. Cass. 1er nov. 1887. *S.*, 88. 1. 34.

Cf. J. Laferrière, La propriété et le droit de police, *Th. Paris*, 1908.

certaines matières, sans davantage catégoriser les actes à intervenir.

Enfin, il faut bien constater qu'il est des cas où la cause se présente avec un aspect très spécial, et où son lien avec la catégorie est très relâché. il s'agit des hypothèses où un très large pouvoir discrétionnaire est laissé à l'administration, hypothèses où la seule directive de l'intérêt public s'impose à elle. Nous avons déjà dit que dans de pareils cas, alors que la loi n'impose aucune condition de fait à l'accomplissement de certains actes, alors que l'intérêt public n'est pas fragmenté et concrétisé en intérêts précis et donnés, que la notion de cause passait au second plan, au profit de l'idée du but, qui se montre beaucoup plus utilisable. Remarquons en passant que ceci est normal, car là où le pouvoir discrétionnaire envahit toute la scène, là où il est bien près de ressembler à une espèce d'autonomie de la volonté, il est logique que les éléments subjectifs de l'acte passent au premier plan. Dans de pareilles hypothèses est-on en présence d'actes sans cause, d'actes abstraits ?

Nous ne le croyons pas, car la cause est un élément d'ordre général existant dans les actes indépendamment des textes le fixant. Il faudra toujours une base objective à l'acte, même si la loi ne l'a pas prévue. Mais la conséquence de la liberté d'action ainsi laissée à l'Administration sera que l'existence de cette cause ne pourra pas normalement être contrôlée. La nécessité de la cause est éclipsée par le pouvoir discrétionnaire, que seule ici la technique du but pourra efficacement limiter. Il faut faire une comparaison : Dans les actes où il n'y a aucune place pour le pouvoir discrétionnaire là où l'acte découlera automatiquement de ses antécédents de fait, peut-on dire que l'exigence du but d'intérêt public est supprimé ? Non, mais son contrôle est indifférent, parce que le contrôle exercé sur la matérialité des antécédents absorbe toutes les irrégularités possibles de l'acte. Inversement, là où le pouvoir discrétionnaire est très largement reconnu à l'agent, l'exigence de la cause

subsiste, mais le contrôle par la cause est inexistant, parce que seule la technique du détournement de pouvoir est efficace.

On peut donc, dans des cas pareils, énoncer cette formule en apparence paradoxale : Un acte a toujours une cause objective mais il est des cas où le choix de cette cause est laissé à l'agent et n'est pas contrôlé.

Ce qui prouve d'ailleurs que l'élément-cause est « en sommeil » pour ainsi dire, et non disparu, c'est qu'il est un cas où le contrôle de la cause réapparaît : C'est lorsque l'agent a indiqué spontanément la cause de son acte. En ce cas, il appartient au Juge de vérifier son exactitude : (Arrêts de Noue; Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon (22). Ceci s'explique, si l'on admet que la cause est un élément permanent de l'acte juridique; la loi détermine plus ou moins étroitement sa nature et ses conséquences; en certains cas, elle en laisse le choix à l'agent avec la faculté de ne pas l'indiquer. Dans cette hypothèse, l'exigence de la cause subsiste, mais elle n'est ni précise, ni contrôlable. Elle ne le redevient que si l'agent indique spontanément quelle est la situation qu'il a considérée comme la cause de son acte, et dans ce cas il faut qu'elle soit exacte. Telles sont les grandes lignes de la question de l'acte « abstrait ».

Mais la conséquence de ceci, du point de vue qui nous occupe c'est que là où il n'y a point de place apparente pour la cause, le problème des catégories se présente autrement. Il va se présenter en fonction de l'élément but : c'est le but qui va déterminer la catégorie.

Un exemple très net de ceci peut être tiré de la matière des mesures disciplinaires prises à l'égard des fonctionnaires. Certaines mesures peuvent sous le même aspect (23) être des mesures normales de car-

(22) V. *supra*, pp. 71 et 72.

(23) Les développements que nous exposons au texte ne valent pas au cas où la mesure prise à l'égard du fonctionnaire a fait l'objet d'une

rière ou des mesures disciplinaires : Il en est ainsi par exemple de la mise à la retraite d'office d'un fonctionnaire ayant l'âge et le temps de service légal; un déplacement d'office peut de même être envisagé comme une mesure normale prise dans l'intérêt du service, ou comme punition (24). Le Conseil d'Etat décide tantôt qu'il y a mesure disciplinaire, tantôt qu'il n'y a qu'une décision normale prise dans la limite des pouvoirs légaux. Il se base pour opérer cette démarcation sur les « circonstances dans lesquelles la décision a été prise », c'est-à-dire le plus souvent sur l'esprit dans lequel elle a été conçue et sur l'intention qui a animé l'Administration. Ceci est très compréhensible : en effet il n'y a pas de fait déterminant qui s'impose comme cause à la mise à la retraite d'office ou au déplacement d'office conçus comme mesures normales de carrière : la loi les a laissés à l'appréciation du chef de service. C'est donc par le but que leur contrôle sera possible; c'est par le but que l'on pourra déterminer s'ils constituent vraiment des mesures normales et non des mesures disciplinaires. La catégorie réelle sera vérifiée à l'aide du but, à défaut de la cause. Apparaît-il que l'Administration a entendu faire de ces mesures des mesures disciplinaires, la catégorie aura été faussement alléguée, et la véritable catégorie sera rétablie : L'acte constituera une mesure disciplinaire. Le résultat de cette constatation sera le plus

---

tentative de déguisement, mais ne saurait cependant se confondre avec une *mesure normale de carrière.*

Par exemple : une mise à la retraite avant l'âge (C. E., 8 décembre 1899, Toutain. *Rec.*, p. 756).

Inversement, il est des mesures normales de carrière que l'on ne peut confondre avec des sanctions disciplinaires :

Le refus de commission (C. E., 16 juillet 1930, Schul. p. 733).

Le refus d'avancement au choix (C. E., 16 octobre 1930, Etienne Maisin. *Rec.*, p. 899).

(24) Pour la mise à la retraite, les conditions d'âge et de service étant réunies par le fonctionnaire, cf. :

C. E., 10 décembre 1930, Pille, *Rec.*, p. 1040 (il n'y a pas, en l'espèce, de mesure disciplinaire).

souvent l'annulation à raison du défaut d'observation de l'article 65 de la loi de 1905.

Il est vrai que l'on peut se demander pourquoi, en de semblables hypothèses, le juge ne suit pas la marche inverse : il pourrait vérifier s'il y a des fautes (ou de prétendues fautes) à la base de l'acte, et en ayant reconnu l'inexistence décider qu'il ne peut s'agir que d'une mesure normale. Cette démarche, logique en apparence, aboutirait d'ailleurs à une injustice maxima : car c'est dans le cas où le fonctionnaire ne pourrait pas être soupçonné de faute, que la mesure serait valable comme mesure normale, et que les garanties de la loi de 1905 lui seraient refusées.

Le raisonnement n'est pas tout à fait exact, car si la mesure était reconnue constituer une mesure de carrière normale, elle pourrait encore tomber sous le coup du détournement de pouvoir. Mais la véritable explication est la suivante : C'est qu'ici le contrôle par l'idée de but (étant donné la liberté d'action de l'Administration dans les mesures d'office) est bien plus efficace et normal que le contrôle par la cause objective. C'est par le but que se vérifie ici la catégorie réelle de l'acte, parce que les situations objectives devant déterminer les mesures de carrière dont il s'agit n'ont pas été définies par la loi.

D'ailleurs, nous avons remarqué que la jurisprudence, et l'Administration elle-même ont tendance à concrétiser la directive de l'intérêt public dans les buts plus précis, qui aboutissent à définir certaines

---

C. E., 8 février 1931, Galland. *Rec.*, p. 158 (il y a eu en l'espèce mesure disciplinaire).

Pour les déplacements d'office, cf. :

C. E., 24 octobre 1930, Moizan. *Rec.*, p. 855 (le déplacement constitue en l'espèce une rétrogradation).

C. E., 14 février 1930, Tassy. *Rec.*, p. 18 (*Idem*).

En sens inverse :

C. E., 14 février 1930, Gobillot. *Rec.*, p. 182 (distinction en matière militaire du déplacement d'office disciplinaire et du changement d'affectation dans l'intérêt du service).

situations objectives en regard desquelles les actes peuvent intervenir. Or, cette concrétisation de la directive générale tend à définir non seulement des situations objectives mais encore des catégories juridiques. On peut en saisir un exemple dans un cas où cependant le pouvoir discrétionnaire semble être extrêmement large : Dans la matière des retraits d'autorisation de congrégations. Il tend à s'établir, à côté des retraits habituels d'autorisation, une catégorie des retraits « pour ordre » qui serviraient à régulariser la situation des congrégations qui, en fait, n'ont plus d'établissement en France. L'inexistence de tout établissement serait la cause déterminante de cette catégorie. Nous parlons d'une tendance qui probablement n'arrivera pas à aboutir, en raison du défaut d'occasions contentieuses. Mais, en certains cas, où le retrait d'autorisation portait que cette mesure était prise à raison de l'inexistence des établissements congréganistes visées, et en tant que « mesure d'ordre », il s'était dessiné dans la jurisprudence une tendance à distinguer le retrait discrétionnaire, que nulle base objective n'étayait, et le « retrait pour ordre » fondé sur l'inexistence de fait des établissements congréganistes. Ceci est un exemple nouveau de la liaison des faits objectifs et des catégories juridiques.

Les rapports de la cause et de la catégorie, s'ils sont difficiles à systématiser avec rigueur apparaissent cependant de la façon suivante :

Il est des cas où les situations de fait déterminent les actes dans leur totalité, et non seulement dans leur catégorie.

En règle générale, cependant, l'existence d'une situation objective comme cause d'un acte détermine la catégorie de cet acte. Cette catégorie peut être plus ou moins vaste, plus ou moins précise.

Enfin, il est des cas où aucune situation de fait n'est prévue par le droit comme cause des actes. Cette

carence de la loi ne détruit pas la nécessité d'une cause réelle, mais en laisse le choix à l'agent et en rend le contrôle difficile. Dans de pareilles espèces, c'est par la technique du détournement de pouvoir, bien plus que par celle de la cause que le pouvoir discrétionnaire de l'Administration peut être limité. La technique de la cause reprend cependant sa valeur au cas où l'Administration fait spontanément connaître la cause de son acte.

CHAPITRE IV

Essai d'une théorie juridique de la cause en droit administratif.

Ayant essayé de dégager, à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, le sens que pouvait revêtir la notion de cause en droit administratif, le moment est venu pour nous de tenter une systématisation des idées proposées. Nous allons essayer de donner une définition de la cause. Après en avoir analysé le contenu, il faudra dans les pages qui suivront justifier cette définition, examiner le domaine possible de la théorie de la cause et en marquer les limites.

Voici la définition que nous proposons :

La cause d'un acte administratif est la situation objective de fait ou de droit qui est à la base de cet acte. Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, elle a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie juridique de cet acte.

Section I

Analyse de la définition proposée.

Il faut tout d'abord remarquer que la définition proposée est placée sur le plan de la théorie de l'acte administratif, indépendamment de toute idée contentieuse. Sans doute, de cette définition doivent découler des conséquences contentieuses, mais pour

l'instant c'est sur le terrain de l'acte juridique que nous nous plaçons.

Prenons maintenant, de façon successive les éléments de cette définition.

1° La cause est la situation objective de fait ou de droit.

Cet élément de la proposition résulte de façon très suffisante des développements antérieurs. Il rend compte de deux caractères essentiels de la cause : sa complexité et son objectivité.

A) *Objectivité de la cause : La cause est une situation objective.*

Il a été dit longuement plus haut, pourquoi à la cause subjective du droit civil, il convenait de substituer en droit administratif une cause objective C'est dans la réalité, et non dans la pensée de l'agent que la cause réside. Il peut y avoir une allégation inexacte relative à la cause, de la part de l'agent. Nous retrouverons ceci en examinant la théorie des nullités pour défaut de cause. Mais c'est par rapport à la réalité objective que la cause doit s'apprécier. La conséquence de cette idée, c'est que la cause sera en règle générale une situation antérieure à l'acte, car il n'y a que les situations antérieures à l'acte qui peuvent être objectives. Si elles sont postérieures, elles ne peuvent être réalisées que subjectivement dans la pensée de l'agent. Cependant, on verra plus loin qu'il est des cas exceptionnels où la cause peut être postérieure à l'acte. Mais, en règle générale, l'ordre de la cause et des effets ne doit pas être interverti : Les situations sont antérieures aux actes dont elles doivent être la cause.

B) *Complexité de la cause : Situation de fait ou de droit :*

Le caractère *complexe* de la cause constitue aussi son aspect *synthétique*. De cette idée, la définition rend compte de plusieurs manières.

D'abord le mot situation évoque un ensemble d'éléments d'une certaine complexité. Et cette complexité des éléments existe en quantité et en qualité, si l'on peut ainsi s'exprimer.

Il y a une quantité d'éléments qui peuvent entrer dans la notion de cause. Par exemple, la situation menaçant l'ordre public, cause de la mesure de police est faite d'une quantité de faits matériels ou psychologiques. Ensuite, du point de vue de la qualité, ces éléments peuvent être soit de fait, soit de droit : Nous en avons un exemple dans la matière des suppressions d'emploi : La suppression d'emploi dans certaines espèces se présente, nous l'avons vu (1), d'une façon complexe. Il y a un élément de droit qui est la décision de suppression d'emploi, dont la validité doit être analysée du point de vue de la compétence, de la légalité et de la moralité. Mais à cet élément de droit se surajoute un élément de fait : L'emploi a une certaine existence objective, et corrélativement résiste en certains cas à l'allégation d'une suppression. Il est évident que pour juger de la validité d'un licenciement dont la suppression d'emploi serait la cause, il faut examiner cette dernière, tant au point de vue du droit qu'au point de vue du fait. Des exemples de la complexité de la cause pourraient être de même tirés de toutes les situations de fait qui comportent une certaine appréciation en droit.

La formule que nous proposons élargit sensiblement la définition du doyen Hauriou : « La cause est le fait déterminant ». Et ceci est compréhensible. Le savant doyen, lorsqu'il formulait pareille proposition dans la note sous l'arrêt Lefranc, calquait sa définition sur la jurisprudence positive et sur les termes mêmes du Conseil d'Etat. Mais il apparaît que, pour que l'on puisse appliquer la notion de cause à des hypothèses que la jurisprudence n'a pas encore visées, il est nécessaire de faire de la cause un concept

(1) Cf. *supra*, 1re partie, ch. V.

plus large. Ce n'est pas seulement un fait, mais une situation de fait ou de droit.

2° La cause est la situation qui est a la base de l'acte.

Nous avons employé à dessein l'expression « à la base de l'acte », parce qu'il n'y en a guère de meilleure. En effet, le terme le meilleur pour désigner la relation des situations objectives aux actes administratifs est le terme de « cause ». Cependant, si à la suite de M. Bonnard, nous comparons la cause à la base de l'acte, ce n'est pas sans raison. On sait tout d'abord que le Conseil d'Etat lui-même a fait succéder dans son vocabulaire la notion de cause à la notion de base. Ensuite, il y a une corrélation extra-psychologique entre l'acte et ses antécédents objectifs, qui est bien rendue dans le langage par les termes : base, fondement. (On dit par exemple d'une croyance fausse : Une croyance sans fondement).

Il est vrai que l'on peut se demander comment la cause d'un acte se reconnaît, parmi les situations objectives diverses qui ont pu précéder l'acte. Cette question est opportune, mais il faut remarquer que déjà, elle se pose sur le plan contentieux.

La marche normale des choses c'est que la vie administrative aille des causes aux actes (les actes pouvant d'ailleurs à leur tour constituer des causes pour les actes futurs), et non que l'on aille des actes à la cause. Néanmoins, le problème se pose évidemment de savoir comment reconnaître, parmi les antécédents d'un acte, lequel ou lesquels constituent sa cause. Pour cela, plusieurs procédés sont possibles :

Si l'acte, de par la volonté légale ou par un mouvement spontané de son auteur, est motivé, les motifs renseignent sur la cause que l'auteur de l'acte a entendu lui donner. De deux choses l'une en ce cas : Ou bien l'acte devait (c'est ce qu'on va voir dans un instant) aux termes de la loi ou de toute autre règle de droit, avoir une cause déterminée. En ce cas, il y a lieu de vérifier d'abord si la cause alléguée est bien

la cause exigée par la loi, en second lieu (s'il est répondu affirmativement à cette question), si la cause alléguée existe réellement et objectivement.

Ou bien (deuxième hypothèse) la liberté la plus entière était laissée à l'agent dans le choix de la cause, et seule la réalité doit en être vérifiée. (Cependant, même dans ce dernier cas, il se peut que l'agent ne puisse choisir la cause parmi n'importe quelle situation objective).

Si l'acte en revanche n'est pas motivé, il faut d'abord supposer qu'aucune obligation de motiver n'existait pour l'agent, sinon l'acte serait nul immédiatement pour vice de forme ou tout au moins violation de la règle ordonnant de motiver. Si donc l'acte est valablement muet sur les motifs, les deux hypothèses visées plus haut se retrouvent, avec des conséquences différentes, d'ailleurs.

Ou bien, la loi ou toute autre règle de droit imposait à l'acte une certaine cause (en matière de police par exemple) et dans ce cas, le juge devra annuler si l'on démontre l'inexistence de cette cause.

Ou bien, un pouvoir discrétionnaire très large était reconnu à l'agent, et en ce cas il n'y a pas de possibilité de contrôle de la cause; le contrôle ne peut être exercé que par l'idée du but et le détournement de pouvoir.

On aura l'occasion de revenir sur ces divers points en examinant la théorie des nullités à raison des vices de la cause.

3° Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, la cause a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie de cet acte.

A) *Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence.*

La cause est un lien d'ordre général existant pour tous les actes juridiques et liant les décisions aux

situations objectives. Mais, on l'a vu maintes fois, la nature de ce lien est plus ou moins précise. Il est des cas où une directive générale d'intérêt public, non concrétisée en fait, s'impose seule à l'administration : En ce cas, le principe de la cause subsiste, mais la cause est légalement indéterminée et laissée au choix de l'agent.

Pour l'instant, nous nous occupons des cas où la cause d'un acte est précisée. Elle peut l'être, disons-nous par la loi, la coutume ou la jurisprudence. Cette énumération a pour but de réserver la place la plus large à toutes les sources possibles du droit administratif. Normalement, c'est à la loi (et sous le terme de loi, il faut aussi comprendre les règlements), que revient le soin de préciser la cause de chaque acte. Il a été dit plus haut comment cette détermination se réalisait.

Ou bien des antécédents de fait ou de droit sont directement imposés comme conditions de l'émission de l'acte (dérogations au repos hebdomadaire par exemple), ou bien la fragmentation du but général d'intérêt public en règles précises aboutit indirectement à définir les situations objectives qui doivent être à la base des actes (matière de la police municipale par exemple). Dans ces deux cas, la cause est imposée par la loi. Mais il faut réserver l'action des deux autres sources de droit : coutume et jurisprudence. Désireux de ne pas entrer dans une discussion sur le rôle respectif de chacune de ces deux sources, nous les groupons, car la préoccupation essentielle ici est de faire une place la plus large possible à toutes les règles juridiques existantes, et non d'en établir la véritable origine. Il faut cependant noter le rôle très actif de la jurisprudence en cette matière. Amenée à préciser le but des diverses actions administratives, et les conditions dans lesquelles celles-ci doivent être exercées, la jurisprudence complète et en certains cas définit de toutes pièces la cause des actes. En établissant un système de présomption dans la matière des manifestations cultuelles, la jurisprudence a

précisé la cause des mesures de police en matière cultuelle. En posant la règle des « nécessités de service » dans la matière des nominations anticipées, en commençant à en donner une énumération, le Conseil d'Etat tend à organiser une théorie de la cause dans cette branche du contentieux (2).

B) Lorsqu'elle est prévue, etc., *la cause a pour effet de déterminer, soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie juridique de cet acte.*

Dans cette partie également, la définition n'offre rien de nouveau et n'est que la systématisation des développements antérieurs.

On sait que la relation de la cause à l'acte, lorsqu'elle est définie par la règle du droit peut être plus ou moins étroite. Il est des cas où certains faits ou certaines situations de droit étant donnés, l'acte doit suivre, pour ainsi dire automatiquement. Ce sont des cas d'ailleurs peu nombreux, et qui réduisent au minimum l'activité de l'Administration.

L'on sait en revanche que la plupart du temps, cette détermination de l'acte par sa cause n'est pas totale. C'est par la catégorie que la cause détermine l'acte. La cause impose que l'acte appartienne à une certaine catégorie, elle ne détermine pas le contenu de l'acte. De la même manière, il peut susbsister, au profit de l'Administration, la liberté d'agir ou de s'abstenir, et dans ce cas, l'Administration peut ou non faire usage de la catégorie. Ceci a une conséquence importante : La cause est liée à l'acte, mais là où il y a eu cause *possible* d'un acte avec liberté pour l'Administration de s'abstenir, la cause ne prend pas de valeur juridique, si l'acte n'est pas intervenu. Il n'en irait autrement que si l'existence de la cause entraînait obligatoirement l'action de l'administration, mais alors on retomberait dans un cas très voisin du premier. En règle générale, lorsque la loi n'impose à l'administration qu'une relation catégorique entre la cause

(2) Cf. également, sur les décrets de dissolution des Conseils municipaux, *supra*, chapitre précédent.

et l'acte, elle laisse la liberté du choix entre l'abstention et l'action, ce qui est un des points d'application les plus certains du pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, une situation objective, en dehors des cas où les actes résultent obligatoirement de certains faits, ne prend figure de cause et n'acquiert valeur juridique qu'en tant qu'un acte intervient. L'abstention nue, pure et simple, n'a pas de cause objective : Elle est le résultat du pouvoir discrétionnaire. Naturellement par l'abstention, il faut entendre tout autre chose que les actes négatifs, ou que les actes implicites (rejet résultant du silence par exemple). L'abstention doit être entendue comme la passivité pure et simple, et sans effets juridiques de l'Administration.

Pour ce qui est de la nature de la catégorie ainsi déterminée, nous nous sommes expliqué plus haut. Il y a évidemment des catégories plus ou moins précises. Les actes administratifs sont groupés en catégories, mais de façon sporadique et quelque peu anarchique. La catégorie n'est pas un concept un, mais un procédé de classification. Les catégories d'actes, non seulement se catégorisent entre elles, mais encore empiètent les unes sur les autres et interfèrent. Mais, ce qui est essentiel, c'est que dans la plupart des cas où la cause joue un rôle, c'est en prédéterminant les grandes lignes de l'acte à intervenir, c'est-à-dire en lui assignant une certaine catégorie juridique.

Section II

Justification de cette définition.

Les explications qui viennent d'être données sont déjà par elles-mêmes une justification de la définition proposée. Néanmoins, il convient que nous donnions les raisons d'ensemble, qui — pour nous — la légitiment.

Il est net, et il n'est pas question de le dissimuler, que, dans son ensemble, la formule proposée est très largement inspirée des idées du doyen Hauriou. Elle

en garde la marque dans ses éléments essentiels : Opposition de la cause objective au but subjectif; détermination de la catégorie de l'acte par la cause.

Par certains éléments, notre définition semble pourtant s'écarter des formules d'Hauriou. Disons tout de suite que les différences ainsi relevées sont bien plus des précisions, que des rectifications aux idées du savant doyen, car ces précisions sont tout à fait, croyons-nous, dans la ligne de son système. La substitution de la formule « situation objective de fait ou de droit » à la formule « fait déterminant » a déjà été justifiée plus haut.

On a tenu, de plus à marquer que l'influence de la cause sur l'acte ne se manifeste pas toujours fatalement par l'attribution à celui-ci d'une catégorie légale. Il y a des cas où le lien entre la cause et l'acte est infiniment plus étroit et où la cause détermine l'acte dans sa totalité. Il est aussi des cas où la cause a des rapports beaucoup plus lointains avec l'acte, c'est lorsqu'aucune règle de droit ne la définit. En ce cas, elle subsiste comme principe général de l'acte, mais son choix est laissé à peu près discrétionnairement à l'agent. Mais pour la moyenne et la généralité des actes administratifs le rôle de la cause est bien tel que l'avait analysé le doyen Hauriou : elle détermine la catégorie.

Tel quel, nous pensons que le système que nous proposons se justifie d'une façon générale en ce qu'il se tient à mi-chemin d'une étroite exégèse jurisprudentielle et des déductions hasardeuses.

Il eût été sans intérêt et faux de s'attacher à réduire la cause aux séries d'hypothèses visées par les arrêts où le mot est expressément prononcé. La cause est apparue comme un procédé technique, mais les procédés techniques sont révélateurs des réalités de fond. On a pu voir que dans l'ensemble, la cause est apparue dans la jurisprudence comme un remède à certaines déficiences dans l'explication contentieuse du

contrôle de fait (3). Permettre d'intégrer certaines erreurs de fait à la violation de la loi, tel est le rôle de la cause sur le terrain contentieux. S'il a pu être tel, c'est que la cause avait une sens théorique certain : Elle établissait une relation permanente et générale entre les faits et les actes auxquels ils servaient de base. Or, il faut remarquer que, sur le plan de la technique du contentieux, la cause occupe une place assez mince. Cela tient à l'idée longuement développée plus haut que les procédés traditionnels ont été conservés, là où ils étaient à peu près suffisants. La technique de la cause n'est intervenue que pour des cas où ils faisaient preuve d'une carence particulièrement grande. Un équilibre s'est établi entre la tendance conservatrice et les besoins nouveaux. Ceux-ci n'ont provoqué de nouvelles techniques que là où ils étaient particulièrement pressants et insatisfaits.

Mais sur le plan théorique, le problème est posé tout autrement : Si la théorie de la cause a fourni un procédé contentieux très satisfaisant dans des cas où d'autres procédés l'étaient moins, c'est qu'il doit être exact. Et, il ne peut être question, sitôt que l'on est hors de la politique jurisprudentielle d'admettre que plusieurs explications soient vraies en même temps sur le plan théorique. Ou bien l'une est vraie, et les autres sont fausses, ou bien ce qui est plus fréquent, l'une est vraie et les autres n'en sont que des aspects fragmentaires et subordonnés. Annuler un acte parce que les conditions de fait mises par la loi à sa validité ne sont pas réunies, et l'expliquer par l'idée d'illégalité, c'est mettre en œuvre une explication qui n'est pas inexacte, mais qui n'est qu'un des éléments de la théorie de la cause. Il nous est apparu que la jurisprudence de l'illégalité par erreur de fait, la jurisprudence du motif inexact, celle de la base légale inexistante étaient autant d'éléments détachés d'une grande théorie : celle de la cause. Lorsque le juge s'est trouvé en face d'hypothèses où ces explications frag-

(3) Cf. Première Partie, chap. III, sect. IV, et chap. V.

mentaires ne suffisaient pas, il a eu recours à leur source commune.

Ainsi, à l'aspect exceptionnel de la technique de la cause sur le plan contentieux correspond son aspect fondamental sur le plan théorique. Ce n'est un paradoxe qu'en apparence, et l'on a dit longuement pourquoi.

Aussi, a-t-il pu sembler légitime de remonter à la source commune, et, aidé d'ailleurs en cela par l'étude de la doctrine, d'essayer de dégager le sens de la cause en droit administratif. Il se présente comme très général : La cause est apparue (ainsi que le contentieux l'avait laissé prévoir) comme le concept sous lequel s'organisent les relations des actes aux situations objectives qui en sont la base. Il était normal, dans ces conditions, d'essayer une théorie de la cause qui dépassât le contentieux, tout en s'appuyant sur lui. Il était particulièrement légitime d'essayer de construire une théorie qui permit de remplacer les anciens procédés contentieux par le procédé de la cause. Mais ceci pose le problème de l'extension possible de cette théorie, problème que l'on retrouvera au chapitre suivant.

Il est vrai qu'il fallait se garder d'un autre écueil, celui de faire de la théorie de la cause la synthèse des éléments de l'acte administratif, et de son contrôle contentieux. Jusqu'ici, une place a été réservée à l'idée de but qui apparaît réellement comme « irréductible »; une place aussi a été faite à l'existence du pouvoir discrétionnaire qui dans les relations de la cause à l'acte, introduit un intermédiaire : l'activité libre et imprévisible. Ce sont ces limites qui viendront borner les possibilités d'extension de la théorie de la cause.

Les formules qui ont été proposées plus haut semblent répondre à ce besoin d'équilibre entre une interprétation trop étroite du contentieux et un développement abstrait sans contact avec la réalité.

Le sens général de cet essai de théorie est le suivant : Il y a une relation générale des actes aux situa-

tions objectives. Celles-ci déterminent les premiers dans une certaine mesure qui reste à définir. Il y a là un principe juridique qui se présente en quelque sorte, sous l'aspect d'une « forme » vide. Mais il arrive très souvent que des règles de droit précisent les relations entre l'acte et la cause, et donnent ainsi un certain « contenu » au principe de la cause. En ce cas, la « mesure » dans laquelle l'acte est déterminé par sa cause est donnée le plus fréquemment par l'idée de « catégorie ».

Il faut maintenant voir quelles sont les conséquences qui, du point de vue du contentieux, correspondraient à la théorie que nous proposons.

Section III

Les nullités de la décision exécutoire à raison de l'inexistence ou de l'illicéité de la cause.

Des conséquences contentieuses nombreuses peuvent être tirées d'une semblable théorie, et ceci dans diverses branches du contentieux. Néanmoins le centre du problème se trouve naturellement dans une théorie des nullités de l'acte à raison des vices touchant à la cause, et c'est naturellement sur le plan du contentieux de l'excès de pouvoir que cette question doit être examinée. D'ailleurs, cette donnée centrale étant déterminée, il sera possible de déduire, s'il y a lieu, les conséquences de la mise en œuvre de la cause dans le contentieux de la pleine juridiction, notamment en matière de responsabilité (4).

---

(4) Il y a des relations générales entre l'illégalité ou l'excès de pouvoir et la responsabilité.

Cf. : Delbez, Excès de pouvoir et responsabilité, *Rev. Dr. public*, 1932.

Berthélémy, *Traité*, p. 99.

Cf. également : Hauriou, *Précis*, p. 528 : « Le fait de service est un fait d'exécution; en tout cas, il est de la catégorie de l'exécution ou de l'inexécution. »

Et (note 26, même page) : « En d'autres termes, l'excès de pouvoir dans la décision exécutoire ne constitue pas par lui-même un fait de

La question qui se pose en premier lieu, c'est de savoir si l'on n'est pas victime d'une fausse analogie lorsqu'on essaie d'organiser une théorie des nullités autour des idées d'inexistence ou d'illicéité de la cause. Si la notion de cause en droit public est différente de la notion du droit privé, pourquoi emprunter à celui-ci un langage inspiré de l'article 1.131 du Code civil ? Peut-être, en effet, pourrait-on faire abstraction des expressions du droit privé, mais ce serait un effort inutile, si elles doivent réapparaître sous une autre forme. Or de quel vice peut être entaché un élément juridique quelconque ? Essentiellement d'inexistence matérielle, ou d'illicéité. Ceci dit, on va voir que ces deux ordres de considérations sont à peu près inévitables.

Laissons d'ailleurs complètement de côté pour l'instant, les cas où aucune règle de droit n'impose à l'agent une cause déterminée. Supposons qu'un certain acte d'une certaine catégorie soit intervenu, et que cet acte doive juridiquement avoir une cause définie : quels sont les vices qui peuvent ressortir à la théorie de la cause ?

A) *Absence de cause.*

Ce qu'il est de plus simple d'imaginer, c'est que l'acte n'ait pas de cause, que celle-ci soit inexistante. C'est par exemple une mesure de police qui n'est nullement fondée en fait, c'est un permis de bâtir qui est refusé en application de l'article 118 de la loi de 1911, alors que nulle perspective monumentale n'existe en fait. A l'inexistence matérielle, il faut d'ailleurs ajouter l'inexistence juridique. Dans l'arrêt Sarrail, par exemple, la cause juridique est inexistante, parce qu'il s'agit de condamnations amnistiées, c'est-à-dire d'un néant juridique.

D'ailleurs, tout ceci est indépendant, remarquons-le, des règles relatives à la motivation des actes, il s'agit

---

service, mais il peut y avoir fait de service à exécuter une décision entachée d'excès de pouvoir. »

de la cause juridique proprement inexistante en fait ou en droit. Il faut dire « proprement » inexistante parce qu'on va voir que, au fond, tous les vices de la cause peuvent se ramener à son inexistence.

B) *Fausse cause.*

Mais, généralement, surtout si l'obligation de motiver existe, l'agent auteur de l'acte va alléguer une certaine cause, et dans la plupart des cas, il allèguera l'existence de faits, qui, s'ils étaient réels, constitueraient une cause acceptable pour l'acte. Ce sera le cas, par exemple, en matière disciplinaire, où très souvent, la cause sera correctement alléguée, à ceci près qu'elle sera inexistante en fait.

En droit privé, en pareil cas, on fait appel à l'idée de fausse cause, et ceci pourrait conduire à une expression semblable en droit administratif. Ce qui frappe cependant, c'est que dans la jurisprudence, on ne trouve pas le terme de « fausse cause » dans des hypothèses où, cependant, celle-ci semble caractérisée. Par exemple, dans l'arrêt Trépont, la prétendue demande était une fausse cause, et cependant elle est qualifiée simplement de cause inexistante, ainsi que dans tous les arrêts postérieurs. On peut même dire que tous les actes administratifs dont la cause est inexistante ont une fausse cause. En effet, la cause des actes étant définie d'avance, faire un certain acte, c'est de ce fait même, alléguer une certaine cause. Même si une mesure de police n'est pas motivée, on connaît la cause qu'elle doit avoir : les menaces à l'ordre public. Dès lors, il suffit de savoir si cette cause existe objectivement. Si elle est inexistante, elle est par la même occasion fausse puisqu'elle était présentée, explicitement ou implicitement comme réellement existante.

Le problème est plus simple qu'en droit privé et il faut se rendre compte pourquoi. En droit privé la fausse cause subsiste à côté de la cause inexistante : c'est parce que les parties choisissent librement la cause de leurs actes, et la créent même. La fausseté de

la cause existe, non seulement par rapport à la réalité objective, mais par rapport aux pensées subjectives. Signer au profit d'une concubine une reconnaissance de dette, en lui donnant comme cause un prêt, c'est donner à son obligation une fausse cause. Elle est fausse par rapport à la réalité des faits, parce que le prêt n'a pas d'existence réelle; mais elle est fausse aussi parce que la vraie cause de l'obligation, c'est l'animus donandi, et ses motifs. Peut-on raisonner ainsi en droit public ? Non, et voici pourquoi : Si la faute disciplinaire alléguée comme cause de la répression n'existe pas, il y a fausse cause, mais dans un seul des deux sens que l'on vient de voir : La cause alléguée est fausse par rapport à la réalité. Mais elle ne peut pas être fausse, par rapport à la « vraie cause » de l'acte, parce que l'acte n'a pas de « vraie cause » et il n'a pas de vraie cause parce que sa seule cause possible était la faute disciplinaire. L'intention malveillante du supérieur ne constitue pas par exemple une cause pour l'acte : L'acte est objectivement dépourvu de cause. Il est sans intérêt de rechercher par ailleurs si c'est par erreur ou par malveillance que la faute a été alléguée; et ceci répond au caractère objectif de la notion de la cause. Une seule cause étant possible, son inexistence dispense de toutes recherches sur les motifs subjectifs de l'acte. Et ceci se vérifie par un corollaire : c'est que, au contraire, l'examen des éléments subjectifs de l'acte sera infiniment précieux, dès lors que la cause n'étant pas déterminée par la loi, il est difficile de savoir en quoi elle consiste. La théorie de la cause a pour effet, lorsque sa mise en œuvre est possible de concentrer le contrôle juridictionnel sur des éléments objectifs.

On voit dans quel sens on peut parler d'une fausse cause en droit administratif. La cause alléguée peut être fausse par rapport à la réalité des faits, ce qui ressemble fort à une cause inexistante, mais elle n'est pas fausse par rapport à une « vraie cause » subjective, parce qu'il n'y a pas de cause subjective.

Si la cause légale est inexistante, peu importe l'intention subjective : Elle ne saurait en aucun cas rendre l'acte valable, et remplacer la cause. Ceci rejoint l'idée que, en droit administratif, la cause de l'acte n'est pas créée par l'agent.

Ainsi, on peut parler d'une fausse cause, mais il faut bien savoir dans quel sens on peut le faire. Il y a fausse cause dans la mesure où l'agent, explicitement ou implicitement, masque l'inexistence de la cause. Là où il n'y a pas faute disciplinaire, il en allègue une, là où il n'y a pas perspective monumentale, il prétend qu'il en existe une : la fausse cause, c'est le masque dont l'agent recouvre la cause inexistante. Mais ce n'est pas un vice distinct de l'inexistence de la cause.

C) *Cause illicite.*

Peut-il y avoir une cause illicite ? La réponse à cette question demande quelques nuances.

En tant que situation objective définie par la loi, la cause n'est jamais illicite. Mais en tant qu'alléguée par l'auteur de l'acte, il peut y avoir illicéité de la cause. Il peut se faire que l'agent fonde son acte sur une cause qui ne justifie pas l'acte : Le Maire, par exemple, interdit une procession en se fondant uniquement sur les nécessités de la circulation (5). Le vice fondamental est à peu près le même d'ailleurs que dans les autres cas. La cause légale est inexistante, et c'est cette inexistence qui fonde la nullité de l'acte. Ce qui est illicite, c'est bien plus l'allégation que la cause elle-même. Cependant, de même que l'expression de fausse cause peut être gardée pour rendre compte de la tentative de dissimulation, on peut garder l'expression de cause illicite pour rendre compte de ce que la cause alléguée ne correspond pas à la cause

(5) « Ce n'est pas au nom de la police de la circulation sur les voies publiques que les manifestations expérieures du culte peuvent être interdites ou soumises à autorisation, mais seulement au nom de la tranquillité publique. » HAURIOU, *Précis*, p. 639.

légale (6). Cette persistance de la cause illicite n'est pas sans intérêt d'ailleurs, car l'effet essentiel de l'illicéité de la cause alléguée est le suivant : c'est que par elle, tout se ramène dans le débat contentieux à une question de droit. Il suffit de constater que la cause alléguée ne peut fonder l'acte. Comme, par ailleurs, il n'appartient pas au juge de rechercher si une cause valable aurait existé, il faut annuler purement et simplement l'acte.

On peut même émettre l'idée que nombre des erreurs de droit sanctionnées par le Conseil d'Etat constituent des variétés de la cause illicite. Par exemple, dans l'arrêt Boisselet (7), l'arrêté de suspension attaqué était fondé sur le fait que le maire avait pénétré dans une salle de classe, ce qui ne pouvait pas constituer une faute disciplinaire. Il y avait inexistence de la cause légale, la faute disciplinaire. Mais cette inexistence était plus juridique que matérielle; c'est ce que l'on peut appeler l'illicéité de la cause. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que c'est dans un sens différent de celui du droit privé que la cause illicite doit ici s'entendre. En droit privé, la cause étant subjective peut être illicite : elle ne cesse pas d'exister pour cela. En droit public, l'illicéité de la cause est une variété de son inexistence.

Il reste à examiner une hypothèse curieuse que l'on étudie généralement sous la rubrique de l'erreur de droit. Il s'agit des cas où l'Administration s'est crue liée par certains éléments de fait ou de droit, alors qu'en réalité son pouvoir discrétionnaire était entier. Elle a fait une erreur en croyant que la cause de l'acte à intervenir était définie par la loi, alors qu'en réalité elle en avait le choix. On sait qu'en pareil cas le Conseil d'Etat annule l'acte (8). Par exemple, dans

(6) En somme, dans les cas de fausse cause, la cause alléguée est bien la cause légale, mais est inexistante en fait. Au contraire, dans les cas de cause illicite, la cause alléguée peut bien exister en fait, mais n'st pas la cause légale.

(7) V. *supra*, p. 70.

(8) Cf. GOLDENBERG, *Thèse*, p. 185.

l'espèce Chenu (9), l'Administration avait la possibilité d'apprécier si un individu d'un certain âge devait être mis à la retraite ou continuer ses fonctions. Elle prononce sa mise à la retraite, mais en se fondant uniquement sur son âge, comme si celui-ci emportait obligatoirement cette décision. Le Conseil d'Etat annule cette mesure, qui eût été valable à titre d'exercice normal du pouvoir discrétionnaire, mais qui ne l'est pas, fondée qu'elle est sur une erreur de droit. Ainsi là même où le pouvoir discrétionnaire est le plus large il n'y a pas davantage place pour l'erreur de droit que pour l'erreur de fait. Dans de pareilles hypothèses, où M. Goldenberg voit avec finesse « un excès de pouvoir négatif », on peut voir une erreur « négative sur la cause ». Il semble plutôt que l'analyse révélerait une variété de cause illicite : la cause alléguée par l'Administration n'est pas licite, non pas parce que ce n'est pas la cause légale de l'acte, mais parce que, au contraire, il n'y avait pas de cause légale en l'espèce, mais pouvoir discrétionnaire.

On voit quelles différences il convient d'établir entre les vices de la cause en droit privé et les vices de la cause en droit administratif. En droit privé, cause inexistante, fausse cause, et cause illicite ont une valeur autonome, parce que la cause étant créée par le sujet de droit, son illicéité ne l'empêche pas d'exister, comme sa fausseté ne fait que recouvrir une cause réelle. Il en va tout autrement en droit public, où la cause doit se saisir dans la réalité objective. Dès lors, son vice essentiel, c'est l'inexistence. Illicéité et fausseté sont des modalités de cette inexistence se rapportant bien moins à la cause elle-même qu'aux allégations dont elle est l'objet. Cependant, alors que

---

(9) C. E., 11 mai 1925, Chenu, *Rec.*, p. 493.

Cf. également :

C. E., 23 juillet 1909, Société Nationale d'Education de Lyon, 2e espèce. *Rec.*, p. 738 (Attribution de biens ecclésiastiques).

Et Laferrière, II, p. 519.

Michoud, article précité de la *Revue Générale d'Adm.*, 1915, I, p. 16.

la fausse cause n'est que très peu différente de la cause inexistante, la cause illicite en semble un peu plus indépendante notamment par la variété de l'illicéité « négative » de la cause.

Autour de cette idée de la cause inexistante ou illicite, le système des nullités est assez facile à organiser. L'acte qui présente une inexistence ou une illicéité de la cause, à quelque titre que ce soit est nul suivant les formules habituelles de l'annulation pour excés de pouvoir. Il manque d'un de ses éléments essentiels. Dans la plupart des cas où la jurisprudence annule pour illégalité, en raison de l'inexistence des faits prévus par la loi comme condition de l'acte, elle annulerait pour défaut de cause. Nous essaierons plus loin de voir jusqu'où pourrait s'étendre cette jurisprudence.

Ce qu'il faut plutôt ici mettre en lumière, c'est le mécanisme de cette nullité. Dans les cas où l'acte découle directement et automatiquement de la situation de fait, dans les cas où la cause détermine l'acte dans sa totalité, on comprend fort bien que l'inexistence de la cause mette l'acte à néant. Si, par exemple, l'Administration accorde la carte professionnelle des représentants de commerce à quelqu'un qui ne l'est nullement (10), l'acte sera nul puisque la condition nécessaire et suffisante de l'octroi de la carte était la qualité de représentant de commerce.

Mais, dans les cas où la cause ne détermine que la catégorie de l'acte, le reste de l'acte demeurant à déterminer par l'appréciation de l'agent, on comprend fort bien que ce soit par l'intermédiaire du « défaut de catégorie » que l'acte soit rendu nul. La cause n'existant pas, l'acte est tout entier le fruit du pouvoir discrétionnaire de l'agent. Or, les catégories dans lesquelles l'agent jouit de l'intégralité du pouvoir discrétionnaire sont reconnues. Comme l'acte ne peut pas leur appartenir, et comme par ailleurs

(10) Cf. *supra*, ch. III de la Première Partie.

l'absence de cause le laisse sans catégorie, il apparaît comme une manifestation de volonté autonome que la règle du droit ne sanctionne d'aucun effet juridique. La cause étant inexistante, il n'appartient à aucune catégorie, et dès lors est lui-même nul. C'est ainsi, nous semble-t-il, que l'on doit analyser la nullité pour défaut de cause (11). Quelle est la nature de cette nullité ? Elle se rattache à l'illégalité lato sensu, en entendant par illégalité la violation de toutes les règles de droit, y compris les principes généraux et les règles coutumières (12).

Par ailleurs, il est bien entendu que le recours pour excès de pouvoir étant lui-même une vaste théorie de la nullité des actes, il n'y a pas de précision spéciale à donner en ce qui concerne la cause, sur les actes susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat pour défaut de cause, sur la qualité pour former le recours, etc..., etc.

Il resterait d'ailleurs à organiser une seconde théorie des nullités pour des hypothèses qui n'ont pas leur pendant en droit civil, ce qui montre bien l'aspect particulier de la cause de droit administratif.

Il s'agirait non plus de cas où l'acte n'aurait pas été précédé d'une cause, mais de cas où la cause n'est pas suivie d'actes. Il a été dit plus haut que la cause n'avait pas de valeur juridique en dehors de l'acte, et qu'elle restait sans effet de droit si l'Administration demeurait passive. A ceci il faut apporter une exception, déjà aperçue : Le cas où la cause détermine l'acte dans sa totalité, sans que le pouvoir discrétionnaire de l'agent ait à s'exercer. Pour les cas où

---

(11) Cf. HAURIOU, note sous l'arrêt Lefrancs

Il semble même que l'auteur aille à un certain moment jusqu'à identifier cause et catégorie : « La fausse allégation de fait équivaut à fausse allégation de la catégorie et cellec-ci équivaut à absence de cause juridique. »

Mais le reste de la note montre que c'est dans le fait déterminant (d'ailleurs entièrement lié à la catégorie) que HAURIOU voit la cause de l'acte. Cf. également *Précis*, p. 451 *et suiv.*, et note 77 sous p. 452.

(12) Cf. BONNARD, article précité, *R. D. P.*, 1923.

RÉGLADE, article *Rev. Dr. public*, 1925.

l'Administration devant des circonstances de fait qui commandaient une certaine action, de l'opportunité de laquelle elle n'était point juge, a refusé de faire l'acte ordonné par la loi, la jurisprudence a organisé un système permettant aux administrés d'obliger l'Administration à faire ce qu'elle doit. Des responsabilités administratives et personnelles sanctionnent parfois l'inaction administrative. Mais l'essentiel du système réside dans la pratique des annulations des refus injustifiés de l'Administration, avec renvoi à celle-ci pour « faire ce que de droit ». Le Conseil d'Etat respecte le principe qu'il ne peut se substituer à l'Administration active, et faire lui-même les actes que celle-ci refuse de faire; mais il annule le refus de l'Administration et le renvoi pour « faire ce que de droit » assorti des menaces de responsabilité aboutit en général à donner satisfaction aux intéressés et à l'application de la loi (13).

Cette jurisprudence sur laquelle il n'est pas possible de s'étendre ici longuement est expliquée parfois par l'idée qu'il y a une obligation juridique pour l'Administration de faire fonctionner le service public. Mais c'est une explication bien trop générale, car l'obligation de faire fonctionner le service public existe de manière très large, même en dehors des hypothèses où l'acte doit découler automatiquement des situations de fait. Au surplus, cette obligation s'accommode d'un certain pouvoir discrétionnaire. Ici, c'est au contraire l'absence de tout pouvoir discrétionnaire qui est à la base de la jurisprudence. C'est parce que la cause a envahi tout le champ de l'acte, celui-ci se réduisant à un quasi-automatisme, que l'obligation d'agir existe pour l'Administration. Si cette obligation aboutit sur le plan du contentieux à une annulation des refus, c'est évidemment en raison des pouvoirs limités du juge de l'excès de pouvoir. Mais il faut voir dans une grande partie de la jurisprudence relative aux refus

(13) Hauriou, *Précis*, p. 357 et les arrêts précités.

très illégaux de l'Administration, une annexe de la théorie de la cause.

D'ailleurs, répétons-le, le déclanchement automatique de l'acte par certains faits n'existe que dans une étroite partie du champ de l'activité administrative. Ce qui est normal, c'est qu'il y ait une certaine liberté de la part de l'agent.

Il nous reste à voir précisément, à l'opposé de ces actes « totalement causés » la question des actes sans cause.

Section IV

Existe-t-il des actes sans cause ?

Cette question a déjà été rencontrée plusieurs fois dans le cours des développements antérieurs. Il faut la traiter maintenant de façon synthétique. La question posée est de savoir s'il est des actes administratifs qui n'aient pas de cause; c'est dire qu'il convient de laisser hors de cet examen les actes qui n'ont pas le caractère administratif (lois par exemple) ou qui, l'ayant partiellement, ne sont pas sous le contrôle du recours pour excès de pouvoir (actes de gouvernement).

Il est des cas avons-nous dit, où la loi n'impose aucune condition de fait préalable à l'accomplissement de l'acte administratif. On sait que même dans ces cas là, il arrive que la précision des fins qui doivent être poursuivies par l'agent, aboutisse à définir certaines situations objectives, et donc les différentes causes des actes en question. Mais il arrive aussi que la loi n'ayant mis aucune condition de fait à la validité de l'acte, l'acte apparaisse comme étant sans cause. Ceci correspondrait assez bien à l'ancienne catégorie des actes discrétionnaires. Il n'y a plus d'actes discrétionnaires, parce que l'on s'est aperçu que le pouvoir discrétionnaire le plus vaste n'était pas

illimité (14). Mais précisément, la limitation du pouvoir discrétionnaire n'a pas été obtenue en général par la technique de la cause, mais par celle du but : elle n'a pas été trouvée du côté des éléments objectifs de l'acte, mais du côté de ses éléments subjectifs (motif, but, etc.). Dans de pareilles hypothèses, où l'Administration n'est tenue par aucune loi de correspondance entre la situation objective et les actes, l'obligation de la cause subsiste-t-elle encore ?

Il faut d'abord éliminer un premier cas : celui où cette liberté est cependant limitée par l'obligation de motiver. C'est, par exemple, le cas de la dissolution des conseils municipaux, à laquelle la loi n'a mis aucune condition, mais qui doit être motivée aux termes de l'article 43 de la Loi municipale. Il faut éliminer ce cas, parce que, bien que la loi n'impose pas de cause à des actes semblables, l'obligation de motiver provoque un contrôle du Conseil d'Etat qui aboutit à définir jurisprudentiellement les causes possibles de l'acte. Il y a là, une mouvement de concrétisation des directives légales que nous avons déjà signalé : pour la matière des décrets de dissolution des Conseils municipaux par exemple, c'est assez net. L'arrêt Grazietti de 1902 (15) qui annule pour la première fois un décret de dissolution, considéré jusque là comme un acte discrétionnaire, le fait en s'appuyant sur la considération du but; mais déjà, par cela même il concrétise la règle assez vague qui était dans l'esprit de la loi municipale. Or cette jurisprudence s'est développée, et la concrétisation des buts qui doivent être visés en la matière, s'est poursuivie, elle aussi, jusqu'à aboutir à la définition jurisprudentielle de certaines situations objectives auxquelles

(14) Cf. : ALIBERT, *Contrôle juridictionnel*, p. 83.
HAURIOU, *Précis*, p. 415.
Et C. E., 31 janvier 1902, Grazietti, *S.*, 03. 3. 113. Note HAURIOU, et *J. A.*, II, p. 182.
(15) *V.* note précédente.

doivent répondre les décrets de dissolution (16). Il s'est produit ici comme ailleurs, cette transmutation de l'intérêt public défini par le but dans l'intérêt public défini par les antécédents. De telle sorte que, aujourd'hui, il y a un certain nombre de causes possibles à un décret de dissolution jurisprudentiellements définies, et aussi une certain nombre de situation qui en revanche ne peuvent constituer des causes de dissolution. Certes, l'évolution n'est pas achevée et il reste encore des hypothèses non cataloguées, mais le mouvement de transformation est très visible. La raison de toute cette évolution, c'est essentiellement l'obligation de motiver, parce que là où existe l'obligation de motiver, existent des occasions de contrôle nombreux et donc la possibilité de créer des règles jurisprudentielles, concrétisant la directive légale.

Mais si l'on envisage les cas où l'Administration a à la fois le choix de la cause et la possibilité de ne pas la faire connaître en ne motivant pas son acte, il est évident que les occasions de contrôle sont très peu nombreuses. Il est évident aussi que, dans le cas où les actes seront déférés au juge de l'excès de pouvoir, c'est surtout par le procédé du but qu'il pourra les appréhender. Mais alors, si aucune condition de fait ne s'impose au décret qui retire l'autorisation à une congrégation, à celui qui met un préfet en congé, peut-on dire que l'acte ait encore une cause ? Il semble qu'il faille malgré tout répondre affirmativement à cette question. D'abord parce que la relation de la cause à l'acte est générale. Elle s'impose comme une « forme », vide ici de tout contenu positif, en ce que l'agent détermine lui-même la cause de son acte. De plus, l'agent n'étant pas tenu de motiver, il n'y a plus de contrôle possible. Ce qui est effacé ici, c'est

(16) HAURIOU, *Précis*, p. 258, note 26. L'auteur énumère les motifs habituels de la dissolution : impossibilité de délibérer par suite de partage égal des voix, impossibilité d'élire le maire, etc.

Autant de cas concrets jurisprudentiellement définis comme les *causes* de dissolution.

d'une part, l'obligation de motiver, d'autre part l'obligation de donner à l'acte une cause déterminée d'avance. Mais la règle générale que l'acte a une cause subsiste, dépourvue peut être de sa sanction pratique mais réelle.

Et la preuve qu'elle subsiste, c'est que précisément si l'agent motive son acte — bien qu'il n'y soit pas tenu — le contentieux de la cause reprend ses droits. Le juge vérifiera notamment la réalité de la cause alléguée. Lorsque par exemple un retrait d'autorisation sera fondé sur ce que la congrégation qui en est l'objet n'a plus d'établissement en France, le juge vérifiera l'exactitude de ce dernier fait (17). C'est qu'en effet (18) le juge peut saisir quelle est la cause alléguée, ce qu'il ne peut pas faire au cas où l'acte est muet sur les motifs. Ainsi, la liberté du choix de la cause combiné avec la faculté de ne pas motiver aboutit, non à supprimer l'obligation de la cause, mais à créer une sorte de présomption de validité, que ne peut détruire que l'aveu même de l'auteur de l'acte.

Dans ces matières auxquelles nous faisons allusion, le pouvoir discrétionnaire est à son point le plus haut, puisqu'il va jusqu'à la détermination par l'auteur de l'acte lui-même de la cause de son acte. Il semble qu'une analogie, sinon une comparaison s'impose ici.

On sait que, la distinction essentielle qu'il y a lieu de faire en droit privé entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, tient à ce que la notion d'équivalence domine les premiers, alors que c'est précisément l'absence d'équivalence qui caractérise les seconds (19). Ce qui définit l'acte à titre gratuit, c'est qu'il n'a pas de cause au sens économique du mot; il ne comporte pas d'équivalence, c'est-à-dire que la

(17) Cf. arrêt Congrégation des Sœurs hospitalières de Lyon, *supra*, p. 71.

(18) La motivation n'est pas la cause, mais elle fournit des renseignements sur des éléments divers de l'acte : le but et la cause.

(19) Cf. *supra*, à propos de la théorie de M. Maury, 3e partie, Introduction.

cause normale des obligations lui fait défaut. En forçant un peu le terme, on peut dire que c'est l'absence de cause objective (au sens économique) qui en est la cause. En effet, c'est l'esprit de libéralité qui cause les actes à titre gratuit.

Dans les actes auxquels nous faisons allusion, où le pouvoir discrétionnaire de l'agent détermine lui-même la cause de l'acte, ne peut-on pas dire qu'il y a quelque chose d'analogue à la faculté reconnue par le droit civil à la volonté de créer des obligations sans contre-partie ? Et ce qui permet de pousser l'analyse plus loin, c'est que, de la même façon que les tribunaux civils contrôlent l'animus donandi par les mobiles qui le « colorent », de même le Conseil d'Etat contrôle et réduit le pouvoir discrétionnaire grâce aux éléments subjectifs de l'acte. De sorte qu'il n'y aurait pas en droit administratif des actes sans cause, dont les correspondants de droit civil seraient les actes abstraits, mais des actes à titre gratuit, où le pouvoir discrétionnaire jouerait le rôle de la volonté libre et de l'animus donandi du droit civil, limité comme ceux-ci par la licéité du but et des mobiles.

Mais ce n'est qu'une analogie de surface. Il ne faut pas oublier, en effet, que tandis que le principe d'autonomie permet à la volonté en droit privé de se libérer de toute équivalence, le pouvoir discrétionnaire ne va pas si profond et ne libère pas l'agent de l'obligation d'une cause objective. Mais il lui laisse la liberté de choix, et rend le contrôle objectif très difficile. C'est dans cette mesure et avec ces réserves que l'on peut dire qu'il est des actes où tout se passe comme si le pouvoir discrétionnaire était la cause de l'acte, comme l'animus donandi en droit privé. Mais ce n'est qu'une apparence car à l'obligation pour l'acte d'avoir une base objective subsiste, et le contrôle contentieux réapparaît à la première occasion.

CHAPITRE V

Les possibilités d'extension et les limites de la théorie de la cause.

La cause, telle quelle vient d'être définie, dépasserait évidemment dans ses applications possibles les espèces assez rares et assez étroites où la jurisprudence l'enferme. Définie comme la relation générale entre la réalité objective et l'acte, elle doit, dans notre conception, tenir une place beaucoup plus large dans le contentieux de la décision exécutoire. Il faut se proposer de rechercher maintenant quelles sont les possibilités d'extension, et par là même les limites de la théorie de la cause. Rappelons une fois encore une idée souvent émise au cours des pages qui précèdent : la cause est une constante de l'acte juridique de droit public, mais elle y tient une place plus ou moins grande, et surtout elle constitue un procédé technique qui doit parfois, dans le contentieux, faire place au procédé du but, plus facile à mettre en œuvre en certains cas. Après avoir posé le problème de l'extension de la théorie de la cause dans le domaine des décisions exécutoires il nous restera à poser le problème de la cause dans le contrat de droit public et dans la notion de l'enrichissement sans cause administratif.

Section I

Les cas d'application de la cause dans la matière des décisions exécutoires.

Il est bien entendu qu'il n'y a pas d'actes abstraits, d'actes proprement sans cause (1). Mais il y a des actes pour lesquels le lien causal est si détendu que le contrôle fondé sur la cause ne peut donner des résultats suffisants. La question qui se pose revient donc à savoir quels sont pratiquement les cas ou la cause est déterminée de façon suffisante pour fonder un contrôle contentieux. Il nous apparaît que ces cas peuvent se grouper sous trois rubriques d'inégale importance d'ailleurs.

A) *La règle de droit prévoit directement ou indirectement des conditions de fait ou de droit comme devant fonder certains actes.*

B) *L'existence d'une catégorie légale ou coutumière décèle l'existence d'une cause objective.*

C) *L'auteur de l'acte indique* proprio motu, *bien qu'il n'y soit pas tenu, une situation objective comme cause de l'acte.*

Reprenons chacune de ces hypothèses.

A) *La règle de droit prévoit directement ou indirectement des conditions de fait ou de droit comme devant fonder certains actes.*

Dans cette hypothèse on se trouve dans le domaine classique de l'erreur de fait, sanctionnée par le Conseil d'Etat comme « annexe de l'illégalité ». Voici quelques observations sur cet ordre d'hypothèses.

Nous n'insisterons pas sur les cas où la loi met à l'accomplissement d'un acte certaines conditions objectives de fait ou de droit, de façon directe. La matière des perspectives monumentales, celle du

(1) V. *supra*, ch. IV.

repos hebdomadaire, celle de l'alignement, fournissent des exemples classiques. S'il fallait en fournir d'autres, on ne pourrait que se reporter à toutes les hypothèses de « compétence liée », longuement citées et commentées dans les auteurs qui ont traité de l'examen de fait (2).

Il nous paraît plus intéressant d'examiner une hypothèse où la loi emploie elle-même le mot « cause » : il s'agit de l'expropriation pour cause d'utilité publique (3). Peut-on dire que la théorie que nous propo sons s'applique à cette opération administrative ? D'un point de vue général, on peut bien dire que l'expropriation est un acte — ou plutôt une procédure — dont la base objective, la cause, suivant l'expression de la loi est l'utilité publique. Mais, l'examen du détail de cette procédure peut faire douter de cette idée. En effet, la phase essentielle de l'opération, celle qui consomme le transfert de propriété, ne comporte pas de discussion sur la cause de l'expropriation. Le tribunal judiciaire ne peut se refuser à exproprier motif pris de l'inexistence de l'utilité publique.

Mais c'est une difficulté toute apparente, comme bien l'on pense. En effet, si le Tribunal n'a pas à examiner l'existence objective de l'utilité publique; c'est que l'Administration produit à sa barre la déclaration d'utilité publique, qui est une sorte de « certificat » attestant l'existence de la cause exigée. Ceci tient à la complexité de l'opération d'expropriation, qui se décompose en une série d'actes venant s'ajouter les uns aux autres et poser, d'ailleurs, le difficile pro-

---

(2) Nous pensons qu'il est inutile de revenir sur cette question de la « compétence liée » dans l'examen du fait. Renvoyons à tous les ouvrages relatifs à cette question, et notamment aux articles de M. BONNARD et de M. RÉGLADE, qui donnent de nombreux exemples de compétence liée (avec peut-être une tendance à les étendre outre mesure).

Cf. les références *supra*, p. 57, note 1.

(3) L'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération complexe, mais dont le caractère administratif est indéniable, en dépit de l'intervention de l'autorité judiciaire.

blème de la nature juridique de ces « procédures » (4). La déclaration d'utilité publique constate l'utilité publique, et ainsi atteste l'existence de la cause, qui, désormais ne peut plus faire l'objet d'un débat contentieux. On voit donc que l'impossibilité d'une discussion au moment de l'expropriation provient non de l'absence de contrôle sur la cause de l'expropriation, mais de ce qu'un contrôle antérieur et indépendant est organisée. L'utilité publique est constatée par la déclaration, et celle-ci peut être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. On sait, d'ailleurs dans quelles limites le Conseil d'Etat accepte de contrôler la réalité de l'utilité publique. Le juge, suivant le formule de M. le Commissaire du Gouvernement Blum (5) « n'a pas à apprécier le plus ou moins grand degré d'utilité, mais il peut être amené à décider si le travail qui fait l'objet de la déclaration rentre, ou non, dans la notion, dans le concept d'utilité publique » (6).

Ainsi, on est dans un cas, assez fréquent en droit administratif, où la constatation des situations de fait ou de droit se fait par un acte distinct de l'acte final auquel elles doivent servir de base. Ici c'est l'utilité publique qui est bien la cause de l'expropriation, mais elle est constatée et condensée dans un acte juridique, la déclaration d'utilité publique, ce qui a

---

(4) Dans le cas où l'effet juridique est donné à une certaine somme d'actes, l'anaylse de l'opération d'ensemble est fort délicate. Elle a surtout fait l'objet de discussions du point de vue de la loi, opération complexe réclamant le concours de plusieurs autorités.

Cf. surtout sur ce point :

HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 137, Les opérations à prorédure.

FORTI, *Atto e procedimento amministrativo* dans *Studi di diritto publico in onore di Oreste Ranelleti*, I, pp. 44 et suiv.

(5) C. E., 24 avril 1917, commune de Venoix, *Rec.*, p. 336. Conclusions de M. BLUM.

(6) Cf., à titre d'exemple, en matière d'utilité publique :

C. E., 11 février 1910, Laurent Champrosey, *Rec.*, p. 117.

C. E., 8 mai 1914, Rivière, *Rec.*, p. 557.

C. E., 29 juillet 1932, Roch, *D. H.*, 1932, p. 528.

Cf. également BELIN, thèse précitée, pp. 173 et suiv.

pour effet d'isoler le contentieux de la cause de celui de l'acte. Ou plutôt — et ceci est très curieux — cette constatation juridique de la cause a pour effet de transformer l'exigence de la cause en l'exigence d'un certain acte, c'est-à-dire d'une certaine forme. Ainsi, l'absence de la déclaration d'utilité publique constituerait un vice de forme, empêchant le Tribunal civil de prononcer l'expropriation. Mais l'existence de la déclaration en-revanche est une condition de forme qui dispense de tout examen au fond. L'exigence de la cause se condense, se concrétise dans l'exigence d'une forme, mais ceci ne supprime pas son caractère réaliste, et non formaliste, puisque l'acte formaliste lui-même n'a pu intervenir qu'au regard de certaines situations objectives.

Mais ceci pose un problème assez curieux : Quelle est la cause, dans une procédure comme l'expropriation, de chaque acte de procédure ? Est-ce la situation de fait antérieure à la procédure, est-ce l'acte de procédure immédiatement antécédent à l'acte envisagé ? Ainsi la cause du jugement d'expropriation réside-t-elle dans l'utilité publique ou dans la réunion des actes exigés par la loi antérieure au jugement ? Au fond, le problème ne peut être résolu si l'on ne prend pas parti sur la nature de ces procédures complexes. Néanmoins, on peut remarquer que, sans inconvénient, on peut voir dans les *formes*, c'est-à-dire dans le déroulement normal de la procédure, les causes successives de tous les actes juridiques successifs, jusqu'à l'acte final. Mais il faut tout de suite observer que la mise en mouvement de cette procédure, supposant une certaine situation objective, celle-ci s'incorpore à l'aspect formaliste de la procédure. Ainsi l'utilité publique s'incorpore à la déclaration, sous l'aspect d'une exigence de forme, mais cette forme prend elle-même racine dans la réalité objective. La cause réelle s'intègre à cette sorte de cause formelle que dans une procédure constituent les actes antérieurs pour les actes suivants.

La preuve est que, si au lieu de considérer un instant de la procédure, on la considère dans son ensemble, on voit que la cause de la procédure toute entière est la situation objective. C'est pourquoi l'on dit « expropriation pour cause d'utilité publique » dès que l'on considère l'expropriation en tant qu'opération unique.

On peut faire application de cette idée dans des matières diverses. Il est de nombreux cas où préalablement à un acte interviennent, sous forme d'actes préparatoires, des constataions de fait. Par exemple, dans le cas ou existe un tableau d'avancement qui doit précéder les mesures d'avancement (7), les nominations qui interviennent ont pour cause une situation complexe : d'une part une certaine vacance de grade ou d'emploi, d'autre part le classement au tableau. Mais ce dernier élément de la situation résulte d'un acte juridique causé par une certaine situation de fait (ancienneté, mérites, etc.). Cette situation de fait selon notre explication précédente est intégrée à la cause au moyen d'une constatation juridique : le tableau d'avancement. On pourrait raisonner de la même façon pour les listes de classement dans la matière des nominations aux emplois réservés. D'ailleurs, ce qui prouve que la cause s'incorpore dans l'acte juridique de classement, c'est que le Conseil d'Etat admet les recours attaquant les inscriptions au tableau d'avancement, et les distingue des mesures simplement préparatoires (8). Il les considère comme faisant grief aux fonctionnaires, et précisément parce qu'elles emportent constatation d'un des éléments de la cause de la nomination.

---

(7) Cf. JÈZE, L'avancement des fonctionnaires, *Rev. Dr. Public*, 1928, pp. 500 et suiv.

GEORGIN, *L'avancement des fonctionnaires.*

(8) Cf. ALIBERT, pp. 87-88.

C. E., 15 décembre 1905, de Le Taste, *Rev. Dr. Public*, 1906, p. 59, note de M. JÈZE.

C. E., 27 novembre 1908, Alcindor, *Rev. Dr. Public*, 1909, p. 55, note de M. JÈZE.

Ainsi, l'on peut voir par ces quelques exemples que la cause d'un acte administratif peut se présenter sous la forme d'un autre acte constatant une certaine situation objective, faisant parfois l'objet d'un débat contentieux distinct. Ceci d'ailleurs correspond bien à la définition donnée plus haut, aux termes de laquelle la cause peut être une situation de droit, aussi bien que de fait. Mais, si l'acte certifiant l'existence de la situation de fait, si l'acte-cause fait défaut, le contentieux fera apparaître parfois l'existence du vice de forme. C'est un cas curieux de confusion du contentieux de la cause avec celui du vice de forme. Mais, encore une fois, ceci n'infirme pas la théorie proposée, puisque la forme, dans des espèces pareilles, consiste dans un acte constatant une certaine situation objective et porte donc en lui-même l'exigence de la cause.

A creuser d'ailleurs cette idée, peut-être arriverait-on à une distinction entre les diverses formes qui peuvent revêtir un acte. On pourrait penser qu'il existe d'une part certaines formes, qui par leur nature ne sont que des *constatations juridiques* d'éléments de fond : les avis obligatoires, la déclaration d'utilité publique, les listes de classement par exemple, qui sont le « véhicule », l' « enveloppe » de certains éléments objectifs ressortissant à la cause. D'autre part, il y aurait ce que l'on pourrait appeler d'un pléonasme : les formes purement formalistes (9) (nécessité de la forme écrite, nécessité de certaines signatures, nécessité du timbre par exemple, etc.). Il faudrait d'ailleurs reconnaître une troisième catégorie de formes qui se rattachent, comme les premiers aux éléments de fond, qui ne sont pas de pures constatations, mais qui visent plutôt la garantie des indi-

(9) Evidemment, les formes tendent toujours à un but autre que le formalisme lui-même, mais ce but est plus ou moins direct. Ainsi la solennité dans tous les contrats doit garantir les parties contre leur légèreté. Mais on ne saurait dire que cette garantie de forme est aussi directe que, par exemple, celle qui exige la communication du dossier au fonctionnaire menacé d'une sanction. C'est en ce sens qu'on peut parler de « formalisme à l'état pur ».

vidus — avis facultatif (10), communication du dossier, etc... On voit que la cause pourrait peut être s'annexer une partie de la théorie du vice de forme, dans la mesure où certaines formes ont pour rôle d'authentifier des situations objectives (première catégorie). Mais, ceci exigerait de longs développements, et au surplus ne donnerait pas de résultats appréciables du point de vue purement pratique, car le contentieux ne fait guère de différence entre le vice de forme et la violation de la loi et synthétise ces deux ouvertures par la notion unique d'illégalité.

Jusqu'ici l'on a vu des hypothèses dans lesquelles la loi impose explicitement pour l'accomplissement de l'acte certaines conditions de fait ou de droit. Mais il peut se produire que l'exigence d'une certaine cause résulte indirectement de la loi. C'est du point de vue du but ou de l'objet que la règle de droit définit les conditions d'émission des actes, mais ces exigences se traduisent tout naturellement sur le domaine de la cause. On a parlé plus haut à plusieurs reprises de la police municipale, à laquelle la loi assigne certaines fins qui se traduisent sur le terrain de la cause par la définition des situations objectives auxquelles doit correspondre la mesure de police. Lorsque le travail d'interprétation jurisprudentielle s'est exercé longtemps sur semblable règle, il arrive d'ailleurs à des précisions très grandes: définition de certaines présomptions dans la matière des manifestations cultuelles, définition du régime de police qui peut normalement être imposé à certaines activités (en certains cas, l'interdiction totale est impossible sauf circonstances exceptionnelles, etc...)

Il existe de très nombreuses hypothèses où l'on retrouve cette définition indirecte de la cause, par la traduction de la règle du but en règle d'antécédent. Un exemple célèbre peut être donné en invoquant la

(10) *Id.* pour les enquêtes dans de nombreuses matières (établissements insalubres, sectionnement, etc.).

matière classique de l'activité économique des communes.

On ne peut retracer ici l'histoire bien connue des solutions contentieuses, qui — notons-le en passant — semblent d'ailleurs évoluer notablement depuis ces deux ou trois dernières années. Mais un examen même rapide fait ressortir un magnifique exemple de la tendance naturelle qu'ont les directives de but à se transformer en règles concrètes de causalité dans l'interprétation jurisprudentielle. C'est même d'autant plus frappant que la directive originaire imposant des limites à l'activité économique des communes était elle-même une traduction jurisprudentielle d'un texte très vague, l'article 61 de la loi municipale. Ainsi que le fait remarquer Hauriou (11), on trouve dans ce texte « l'idée qu'il y a des affaires communales et des affaires non communales, que les communes ont une certaine mission à remplir, et par conséquent ne possèdent que les droits nécessaires pour l'accomplir; mais ce texte était évidemment très vague ». La directive que l'on pouvait extraire de ce texte était une directive de but : la création des services publics communaux doit avoir pour but un certain intérêt général.

Le Conseil d'Etat distingue tout d'abord entre les activités qui sont, par nature, du ressort des administrations communales (bains-douches (12), lavoirs (13), laboratoires municipaux (14), activités exigeant un monopole de fait (15) et celles qui par nature appartiennent aux particuliers. Néanmoins, contre ces dernières, il n'émet pas une exclusive absolue, et admet qu'elles pouvaient être assumées par les communes au cas où existaient des « circonstances exceptionnelles ».

---

(11) *Précis*, p. 61, note 9.

(12) C. E., 2 février 1906, Chambre syndicale des bains de Paris, *S.*, 07. 3. 1., note Hauriou, et *J. A.*, I, p. 168.

(13) C. E., 29 avril 1918, Chapelon, *Rec.*, p. 343.

(14) C. E., 19 juillet 1912, Pancier et Arpin, *Rec.*, p. 836.

(15) Hauriou, op. cit., p. 61.

Ainsi, la règle du but d' « intérêt général » se traduit par une relation de l'acte de création du service à ses antécédents (16). C'est dans une certaine situation objective que la création du service public puise sa raison d'être, c'est-à-dire sa cause. Et de cette situation objective, le Conseil d'Etat, soit dans ses avis, soit dans ses arrêts, donne des définitions : ce peut être la carence de l'industrie privée (17), une coalition des commerçants en vue de la hausse (18), un certain état de fait provenant de la guerre ou de ses suites (19).

En même temps, d'ailleurs, cette définition évoluait. Sous l'influence des décrets de 1926, et du déclin du libéralisme économique, aux circonstances exceptionnelles, se substituait l'exigence de circonstances simplement « particulières ». Mais c'est toujours vers un examen des situations objectives et vers leur définition que tend le contrôle du Conseil d'Etat. Ainsi chaque fois que l'interprétation jurisprudentielle est amenée à concrétiser la notion de l'intérêt public, elle tend à définir certaines situations objectives de façon plus ou moins précise. Nous avons fait allusion plus haut aux règles posées en matière de permissions de voirie, en matière de police municipale. Les exemples seraient nombreux; mais il faut apporter une réserve à cette idée : c'est qu'il n'est pas toujours possible de concrétier la fin d'intérêt public en situations objectives. Nous verrons qu'il y a des cas où cette précision n'est plus possible, et où le juge doit rester sur le plan téléologique pour limiter efficacement le pouvoir discrétionnaire.

---

(16) C. E., 1er février 1901, Descroix et Syndicat des boulangers de Poitiers, *S.* 01. 3. 41., note HAURIOU, et *J. A.*, I, p. 144.

C. E., 29 mars 1901, Casanova, *S.*, 01. 3. 78, note HAURIOU, et *J. A.*, II, p. 227.

(17) Cf. C. E., 21 janvier 1921, Syndicat des Agents d'assurances, *D. P.*, 1922. 3. 35, conclusions de M. CORNEILLE.

C. E., 11 juin 1926, Raynaud, *Rec.*, p. 591.

(18) Conclusions de M. JOSSE sous C. E., 30 mai 1931, Chambre synidicale des Epiciers de Nevers, rapporté au *S.*, 31. 3. 73, avec un arrêt du 27 février 1931 (Giacardi), note de M. ALIBERT.

(19) C. E., 28 mai 1924, Genêt et Syndicat de la Poissonnerie, *Rec.*, p. 347.

B) *Il est des cas où la règle de droit ne définit pas la cause, mais où l'existence d'une catégorie légale ou jurisprudentielle décèle l'existence d'une cause objective.*

Cette partie du champ d'application de la cause est bien moins vaste que la précédente. En effet, lorsque la plupart du temps la loi prévoit une certaine catégorie d'actes, elle indique en même temps, soit les fins soit les antécédents de fait auxquels ces actes doivent correspondre. Néanmoins, même en dehors de tout texte, il peut exister des catégories d'actes distincts d'autres actes en apparence semblables et dont la différence tient à la cause.

C'est la solution de l'arrêt Trépont qui décide que le congé sur demande est différent du congé d'office, précisément parce qu'il a pour cause une demande. Nous renvoyons sur ce point à nos développements précédents. Mais, un exemple très net peut être tiré de la matière des mesures disciplinaires. Si paradoxal que cela puisse paraître, on peut dire que, dans la partie de sa jurisprudence qui est relative aux fonctionnaires sans statut, le Conseil d'Etat est allé de l'existence de la catégorie à l'existence de la cause. Alors que la loi ne fixait nullement les conditions de révocation des employés municipaux, le Conseil d'Etat les a vérifiées dans l'examen des recours portés devant lui. La révocation étant une mesure disciplinaire, il a déduit que cette catégorie de mesures avait une autre cause que les mesures normales de carrière, et il en a vérifié l'existence. Evidemment, de façon pratique, cette idée se concrétise sous la forme qu'il n'y a pas de peine sans faute; mais qu'est-ce que cette dernière formule sinon une mise en œuvre du principe des catégories ? C'est parce que la mesure disciplinaire appartient à une catégorie distincte des

(20) Sur l'interprétation restrictive donnée par le Conseil d'Etat aux décrets de 1926, cf. conclusions et note précitée, n° 18, HAURIOU, p. 63, et GOLDENBERG, op. cit., pp. 281 et suiv.

mesures normales qu'elle a une cause spéciale, la faute, et cela en dehors de tout texte.

Un autre exemple peut être tiré de la catégorie des mesures prises à l'égard des fonctionnaires, « appelés à d'autres fonctions ». Dans la pratique administrative, la formule « appelé à d'autres fonctions » est souvent un « euphémisme » — tout comme la mention « sur sa demande ». Elle cache une mesure de disgrâce que pour des raisons d'opportunité l'administration n'entend pas dévoiler au grand jour — encore que la plupart du temps le scepticisme du public ne s'y trompe pas. La jurisprudence du Conseil d'Etat s'est exercée en cette matière dans le même sens pratique que dans celle des congés sur demande, c'est-à-dire dans le sens de la clarté et de la loyauté administratives. S'il appartient à l'Administration de prendre telle mesure à l'égard de tel fonctionnaire, encore convient-il qu'elle en prenne la responsabilité, et ne la déguise pas au moyens d'artifices. Ceci se traduit par l'annulation des décisions relevant des fonctionnaires de leur emploi, motif pris de ce qu'ils sont « appelés à d'autres fonctions », alors que, en réalité, aucun nouvel emploi ne leur est donné.

Par exemple, un arrêt Fraisse, du 24 mars 1926 (21), déclare : « Considérant que le décret attaqué s'est borné, en nommant le sieur Montreuil, sous-préfet de Péronne à la place du sieur Fraisse, à spécifier que ce dernier était « appelé à d'autres fonc- « tions »; qu'il est constant qu'aucune autre mesure n'a été prise à l'égard de ce fonctionnaire, dont la situation n'a pas été fixée, que s'il appartenait au Gouvernement de relever de son poste le sieur Fraisse, il ne pouvait le faire légalement qu'en plaçant le requérant dans une situation régulière. »

---

(21) C. E., 24 mars 1926, Fraisse, *Rec.*, p. 328.
Cf. également :
C. E., 28 mars 1924, Régnier, *Rec.*, p. 355.
C. E., 5 mars 1930, Billecard, *Rec.*, p. 247.

Le Conseil d'Etat ne précise pas d'ailleurs, au bout de quel laps de temps on doit présumer que la mention « appelé à d'autres fonctions » est inexacte. Pratiquement, comme les recours sont jugés avec un retard de plusieurs années, l'inertie de l'Administration refusant de placer les requérants dans des positions régulières est toujours suffisamment établie au moment où l'arrêt est rendu. Mais l'intérêt de pareilles espèces réside dans la question qu'elles posent : la cause peut-elle être dans l'avenir ? la cause du retrait d'emploi est-elle dans les fonctions futures auxquelles est appelé le fonctionnaire ? Nous croyons bien que telle est, en effet, l'explication qu'il convient de donner de semblables décisions : c'est parce que la nomination à des fonctions nouvelles est la cause du retrait d'emploi que son inexistence rend ce dernier nul.

On peut se demander, comment la cause étant une situation objective et donc réalisée peut être constituée par une situation à venir, c'est-à-dire non réalisée, et n'existant que dans l'esprit du sujet. Il faut observer que si la nomination à d'autres fonctions n'est pas réalisée au moment de l'acte, elle n'a pas cependant une existence purement subjective : elle a une base objective dans un état de fait qui existe au moment même de l'accomplissement de l'acte, et qui consiste dans certaines nécessités de service exigeant la nomination d'un fonctionnaire à un certain poste. De la même façon, les nécessités de service qui fondent les nominations anticipées peuvent, de l'indication même du Conseil d'Etat, se rapporter au futur (22), la nomination anticipée, peut par exemple, avoir pour base la nécessité d'assurer une continuité dans l'occupation d'un emploi, dont le titulaire actuel doit prochainement prendre sa retraite.

Ainsi, il serait inexact de dire que de tels événements futurs ne sont réalisés que subjectivement au moment où ils servent de base à un acte, puisque leur survenance est prévue, à la lumière de certaines néces-

(22) V. *supra*, ch. IV.

sités actuelles. D'autre part, ce qui confirme cette interprétation, c'est qu'ils fondent l'acte, non subjectivement, mais objectivement. Il ne suffira pas que la nomination à de nouvelles fonctions soit réellement et de bonne foi envisagée par l'auteur de l'acte, mais il faudra qu'objectivement cette nomination se réalise. D'ailleurs, les arrêts emploient parfois la formule, « fait matériellement inexact », tout comme dans les cas où les faits sont la base de l'acte, dans l'ordre des antécédents. Par exemple, un arrêt du 25 juin 1926 (3) déclare que, le requérant n'ayant jamais été détaché de son service, le décret qui a prononcé son changement de poste en le présentant comme détaché est « fondé sur un fait matériellement inexact ».

Ainsi, la cause objective peut dans certains cas être dans l'avenir. Ceci ne doit pas surprendre, car ainsi que nous l'avons montré, l'existence de la cause est dans de telles hypothèses liée non à une pensée subjective de l'auteur de l'acte, mais à la réalisation objective de la situation qui est à la base de l'acte. Ceci précise d'ailleurs la nature de la théorie que nous avons tenté d'édifier : la cause exprime le rapport des situations objectives aux actes; mais ce rapport n'est pas forcément une relation chronologique; il peut se faire que la cause soit un événement futur et à réaliser. Mais il est juste d'ajouter que le plus souvent le caractère objectif de la cause coïncide avec son caractère antécédent.

C) *Enfin, dernier cas d'application de la théorie de la cause : le cas où,* proprio motu, *l'auteur de l'acte indique la cause objective de cet acte,* encore qu'il ne soit pas tenu de motiver, ni de n'agir que dans certains cas déterminés. On sait que nous voyons dans de pareils cas où le pouvoir discrétionnaire de l'agent s'épanouit pleinement, non des actes sans cause, mais des actes dont la cause est laissée au choix de l'agent.

(23) C. E., 25 juin 1926, Rouvel, *Rec.*, p. 650.

Que si ce dernier allègue spontanément le choix fait par lui, il convient de vérifier l'exactitude des faits invoqués.

Ne revenons pas sur une question traitée plus haut, et citons simplement la formule d'un arrêt du 18 mai 1923 (24) qui annule un retrait d'autorisation à l'égard d'établissements congréganistes, fondé à tort sur le fait que « quarante-six de ces établissements auraient depuis longtemps disparu ». Considérant... que... le décret du 8 janvier 1922, fondé sur des faits matériellement inexacts doit être annulé pour *violation de la loi* ».

Section II

Les limites de la théorie de la cause. Les éléments subjectifs de l'acte : pouvoir discrétionnaire et but.

On a essayé de montrer plus haut que la partie subjective de l'acte administratif est irréductible. Il est donc normal que ce soit dans l'existence des éléments subjectifs de l'acte que la théorie de la cause, qui tend à synthétiser le contrôle des éléments objectifs de l'acte trouve sa limite. En effet, rares sont les actes qui découlent automatiquement des situations objectives et pour lesquels la règle de droit fait de l'agent un simple intermédiaire. L'hypothèse normale est celle d'un acte qui doit répondre à une certaine nécessité extérieure, mais qui n'étant pas déterminé dans sa totalité, n'est parfait et complet que grâce à l'activité de l'agent. Or, cette activité obéit à la fois à une règle de liberté, le pouvoir discrétionnaire, et à

(24) C. E., 18 mai 1923, Congrégation de la Doctrine Chrétienne de Nancy, *Rec.*, p. 420.

Cf. également dans le même ordre d'idées un arrêt qui rejette le recours d'un candidat à l'agrégation de droit auquel le ministre avait refusé l'autorisation de se présenter. Tout en reconnaissant au ministre le pouvoir d'appréciation le plus large, l'arrêt vérifie qu'il ne s'est pas fondé sur des faits matériellement inexacts.

C. E., 10 avril 1923, Leloutre, *Rec.*, p. 686.

une règle de contrainte : le principe du but d'intérêt public.

Pour bien se rendre compte du rôle respectif de ces deux éléments : pouvoir discrétionnaire - règle du but, il faut se reporter à l'analyse de M. André Hauriou, rappelée plus haut. Il y a en quelque sorte deux faces du pouvoir discrétionnaire : il y a la face externe, celle qui résulte de ce que les règles de droit ne sont pas des principes d'activité, mais des limites à l'activité des sujets de droit; il y a la face interne qui se rapporte à la règle intérieure de l'activité administrative, au principe de l'intérêt public, et qui tient à une certaine « relativité de l'intérêt public » (26).

Ici, il faut développer une explication esquissée plus haut, et qui est assez délicate. Il ne faut pas confondre les situations objectives servant de base aux actes avec les limites extérieures venant borner l'activité des sujets de droit. Ou plutôt, elles sont bien des limites, mais elles sont en même temps autre chose. Leur définition juridique est obtenue par une certaine extériorisation, une certaine objectivation de la directive d'intérêt public. Et dans la mesure où elles constituent des réalités objectives et fixées, elles sont bien des limites à l'activité du sujet de droit. Mais, en même temps, dérivées de la directive d'intérêt public, elles en gardent le dynamisme, et constituent un principe d'action. Par exemple, la définition de la perspective monumentale est à la fois une limitation au pouvoir d'action administratif, mais en même temps un principe d'action. Et lorsque l'on dit que la cause détermine la catégorie, l'on rend compte de cette vérité : catégoriser un acte, c'est à la fois limiter les pouvoirs de son auteur, et en même temps lui fournir un principe d'action, puisque l'acte à venir est en partie déterminé.

---

(25) V. *supra*, ch. II.

(26) Cf. sur l'idée que toute limitation est fatalement de nature externe, GOLDENBERG, p. 163. Mais cette idée apparaît comme assez inexacte et toute l'analyse de la limitation subjective du pouvoir discrétionnaire le prouve.

Ceci ne contredit nullement l'explication de M. le professeur A. Hauriou, à laquelle nous nous sommes rallié. Il est des règles qui constituent de pures limites extérieures à l'activité de l'Administration : les règles de pure forme notamment, certaines règles de compétence; mais la règle que l'acte a pour base des situations objectives est mixte par nature. Elle constitue une limite extérieure et objective à l'activité de l'agent en excluant certains possibilités d'action. Mais la relation de la cause à l'acte est sous le signe de cette règle de vie interne qu'est la notion d'intérêt public.

Or, cette relation de la cause à l'acte n'est définie que partiellement dans la plupart des cas, par la catégorie. L'acte n'est déterminé définitivement que par l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'agent. Ce pouvoir discrétionnaire même dans cette sphère d'action ne peut pas être illimité; mais sa limitation ne peut être objective — tous les éléments objectifs de l'acte sont utilisés —; elle ne peut résulter que d'un contrôle subjectif : le contrôle du but de l'acte. Ainsi, il y a toute une partie du contrôle de la validité des actes qui ne pourra être exercée du point de vue de la cause : il y aura pouvoir discrétionnaire de l'agent, et pour ramener ce pouvoir discrétionnaire à ses justes limites, contrôle de l'acte par son but.

Il faut d'ailleurs observer une relation d'allure quasi-mathématique entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs de l'acte. On peut dire que l'importance des uns est en raison inverse de l'importance des autres. Là où la cause détermine l'acte dans sa totalité, il n'y a ni pouvoir discrétionnaire, ni prise en considération du but; là où il y a liberté de choix de la cause pour l'agent, il y a un pouvoir discrétionnaire très étendu, et le contrôle ne pourra s'exercer que d'un point de vue subjectif, celui de but. Quant à la majorité des actes qui comportent à la fois une certaine cause catégorique et un certain pouvoir discrétionnaire, le contrôle contentieux s'exerce de l'un ou de l'autre point de vue selon les nécessités pratiques.

Ainsi le but constitue un procédé de contrôle interne du pouvoir discrétionnaire.

Ces considérations ne seraient pas exactes, si l'on n'y ajoutait deux constatations : d'une part la tendance déjà notée, définie plus loin, qui pousse la directive interne de l'intérêt public à se concrétiser et à s'extérioriser; d'autre part l'idée que le contrôle de la moralité ne peut guère s'exercer que d'un point de vue subjectif.

Il faut voir rapidement quel est le domaine possible du pouvoir discrétionnaire; ensuite dans quelle mesure la technique de but peut en contrôler et en « rationaliser » l'usage. Ceci revient à examiner au fond les limites contentieuses de la théorie de la cause: limite résultant de l'absence de contrôle objectif, limite résultant de la supériorité du contrôle subjectif.

A) Voici les divers aspects possibles — ou du moins quelques-uns d'entre eux — que peut revêtir le pouvoir discrétionnaire. On sait que, généralement, on admet que la zone d'action du pouvoir discrétionnaire coïncide avec « l'opportunité ». Mais cette idée peut se présenter sous plusieurs formes. Rappelons une règle essentielle : il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire, en ce qui touche la matérialité des faits. Obligatoire ou laissée au choix de l'agent, la cause doit toujours être exacte.

Le premier aspect du pouvoir discrétionnaire réside dans la possibilité qu'a l'Administration de ne pas motiver ses actes, lorsque la loi ne l'y oblige pas. Mais cette règle se corrige par deux exceptions très importantes. En premier lieu, lorsque, sans être tenue de motiver, l'Administration l'a cependant fait, le juge peut arguer de ses motifs pour déceler une cause inexistante. En second lieu, lorsque la loi a mis certaines conditions de fait à l'émission d'un acte, sans cependant obliger à la motivation, il appartient au juge de vérifier si ces conditions de fait sont remplies. Souvent, d'ailleurs, l'exigence légale de certains faits se traduit par l'obligation de motiver.

Une autre forme que peut revêtir le pouvoir discrétionnaire consiste dans certains pouvoirs d'appréciation de l'Administration sur certains faits. On sait que, généralement, le Conseil d'Etat contrôle par exemple la « qualification » de fautes disciplinaires donnée à certains actes d'un fonctionnaire. Mais il est des hypothèses où il laisse cette « appréciation » au pouvoir de l'Administration, notamment lorsqu'elle touche au fonctionnement du service (27). De la même manière, un arrêt Ville de Strasbourg (28), décide « qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat » d'apprécier quels sont les besoins religieux de la population et s'ils légitiment réellement l'érection d'une nouvelle paroisse (sous le régime concordataire).

Mais la forme classique sous laquelle se présente le pouvoir discrétionnaire, celle qui correspond le mieux à l'idée d'opportunité, est la suivante : dans de nombreux cas, il n'y a pas d'obligation d'agir pour l'Administration; elle peut choisir entre l'action et l'abstention. Même si elle est obligée d'agir, on lui reconnaît souvent le « choix du moment » (29).

Evidemment, cette question du choix de l'action par l'Administration recèle de très vastes problèmes, parce que c'est le cœur du problème général du pouvoir discrétionnaire. On ne peut les aborder ici, mais il faut remarquer qu'une des grandes tâches de la jurisprudence a été de tracer la ligne de démarcation entre le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et les droits qu'ont les administrés à voir agir cette dernière. Soit directement par l'annulation d'actes de refus de l'Administration, soit indirectement par la mise en jeu des responsabilités pécuniaires, le Conseil d'Etat a consacré certains droits qu'ont les administrés à l'égard des services publics. On est arrivé au principe juridique que l'Administration doit faire

---

(27) Cf. *supra*, p. 93, note 75.
(28) Cf. *supra*, p. 76, note 78.
(29) Cf. HAURIOU, *Précis*, p. 356.
RÉGLADE, article précité, *Rev. Dr. Public*, 1925, p. 436.

fonctionner les services publics (30). Mais de quel pouvoir discrétionnaire dispose-t-elle en la matière ? Telle est la question perpétuellement posée devant la jurisprudence.

Par exemple, en matière de police municipale, existe-t-il réellement un droit d'abstention pour le maire, en face de menaces à l'ordre public ? en face de nécessités ressortissant à la salubrité publique ? M. Goldenberg (31) observe avec raison que la technique du recours pour excès de pouvoir, sauf des cas assez rares, ne permettrait guère même au cas où ce pouvoir discrétionnaire n'existerait pas d'obliger l'Administration à l'action, et que c'est surtout dans la matière de la responsabilité qu'il faut chercher une réponse à cette question. M. Bonnard voit dans la police municipale une matière de « compétence liée ». Nous n'avons pas à prendre parti sur cette délicate question. Il faut noter cependant que l'idée d'une obligation légale d'agir en présence de certains faits évoque un automatisme qui n'existe pas en matière de police.

Avec plus de raison, verrions-nous dans les sanctions que l'inaction du maire encourt en matière de responsabilité, un contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire exercé sous le couvert de la légalité, mais qui est de source essentiellement jurisprudentielle.

Il ne saurait être question ici de dresser un tableau des cas où l'Administration a un pouvoir discrétionnaire d'agir ou de ne pas agir. L'essentiel pour nous, c'est qu'une partie importante de la vie administrative comporte une liberté de choix entre l'action et l'abstention. On ne saurait dire par exemple que la faute disciplinaire doive obligatoirement entraîner une sanction; c'est peut être vrai moralement, mais on

---

(30) Cf. DUGUIT, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, dans *Mélanges Hauriou*, pp. 253 et suiv.

C. E., 3 février 1905, Storch, 21 décembre 1906, Syndicat des Propriétaires du quartier Croix-de-Seguey, Tivoli, *S.* 07. 3. 33., note HAURIOU, et *J. A.*, II, p. 16.

(31) Op. cit.

ne voit guère comment pareille obligation serait sanctionnée par la jurisprudence de l'excès de pouvoir. Il y a de nombreux cas dans lesquels la loi donne, en présence de certains faits, une possibilité d'agir à l'Administration sans cependant l'y obliger. C'est une des formes les plus intéressantes du pouvoir discrétionnaire (32).

Il y a encore une autre forme de celui-ci : dans l'accomplissement d'un acte, un certain type général d'acte peut lui être imposé par le système de la catégorie; mais c'est du pouvoir discrétionnaire de l'Administration que résultera la figure définitive et la contexture de l'acte. C'est au Maire qu'il appartiendra de préciser la mesure de police à intervenir; au chef compétent de définir la sanction et sa gravité. Sauf des cas très simples, où la mesure à prendre ne pourra revêtir qu'un seul aspect (dérogation au repos hebdomadaire, récépissé), il y aura à faire usage du pouvoir discrétionnaire pour que l'acte soit défini dans son entier. La catégorie est une forme vide qui doit être remplie d'un contenu concret. Seul l'administrateur peut réaliser cette opération, grâce à son pouvoir discrétionnaire, borné et contrôlé par la règle de l'intérêt public, et par le procédé technique du but.

B) Car l'on sent bien que pareils pouvoirs, somme toute, fort étendus, ne peuvent être abandonnés à l'Administration sans un contrôle. Par hypothèse, celui qui est exercé du point de vue de la cause expire sur cette frontière; il faudra donc rechercher dans les éléments subjectifs de l'acte, le procédé technique permettant, suivant la formule classique, d'assurer un « usage normal du pouvoir discrétionnaire ». Le détournement de pouvoir constitue ce procédé technique idéal, et les raisons en sont faciles à donner; c'est parce que le détournement de pouvoir permet de scruter le fort interne des individus, qu'il peut limiter le pouvoir discrétionnaire. Si le pouvoir discrétion-

(32) Cf. les exemples cités par M. Réglade (article précité).

naire est, selon la formule de M. André Hauriou, un pouvoir d'auto-détermination des « chefs d'entreprises », c'est dans l'idée de l'entreprise que l'on trouvera le moyen de lui assurer un usage normal. On trace son domaine au pouvoir discrétionnaire en vérifiant sa soumission à cette règle interne d'activité qu'est l'intérêt public, et en s'assurant de son orientation vers l'intérêt public.

Ainsi, la technique du but apparaît comme irremplaçable pour assurer le caractère normal de l'usage du pouvoir discrétionnaire. Et la preuve en est que c'est par le procédé du détournement de pouvoir que le Conseil d'Etat est à peu près arrivé à supprimer la catégorie des actes discrétionnaires (33).

De toutes ces considérations, il ressort que le contrôle du point de vue de la cause devra s'effacer dans toute une première série d'hypothèse pour faire place à un contrôle d'allure subjective ressortissant au détournement de pouvoir. C'est dans le cas où la loi n'a pas mis de conditions à l'émission d'un acte, et où la jurisprudence n'a pas concrétisé la directive d'intérêt public en situations objectives. En pareilles hypothèses, c'est dans un contrôle subjectif de l'acte que pourra s'apprécier la valeur de l'usage fait par l'agent de son pouvoir discrétionnaire. Nous avons vu dans notre Première partie, un exemple-type de limitation de pouvoir discrétionnaire par le contrôle du but dans une hypothèse où le Conseil d'Etat impose une limite aux visites effectuées par un délégué mineur, auquel la loi avait laissé un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (34). Cette limitation a été obtenue en partant de l'idée *du but* que doivent poursuivre les visites du délégué mineur, et du nombre des visites utiles pour atteindre ce but. Un autre exemple peut être tiré d'un arrêt du 31 juin 1908. Dame De Romagère (35). Dans cette décision, le

(33) V. *supra*, ch. II.

(34) *Supra*, pp. 96 et suiv.

(35) C. E., 31 janvier 1908, Dame de Romagère, *S.*, 08. 3. 153, note HAURIOU, et *J. A.*, II, p. 328.

Conseil d'Etat sanctionne le détournement de pouvoir d'un Préfet qui n'avait consenti à autoriser une loterie que sous la condition d'un versement de 500 francs au Bureau de Bienfaisance. Il est évident que la nullité de cette décision ne pouvait être saisie que par le détournement de pouvoir.

Mais ces hypothèses appellent deux observations. La première, c'est que le détournement de pouvoir y est parfois difficile à déceler, car le but d'intérêt général est souvent défini fort vaguement. Sans doute, la fermeture d'une congrégation, la mise en congé d'office d'un préfet doivent poursuivre un but d'intérêt général; mais celui-ci est défini si vaguement que la pensée politique, l'esprit de parti ne peuvent même pas le vicier. D'autre part, dans les cas où le but est précisé, il tend à se concrétiser dans des règles concernant les situations objectives, et il fait place ainsi à la cause. Nous avons cité plus haut de nombreux exemples de ce phénomène; la matière des permissions de voirie qui évolue vers l'établissement d'un « catalogue » de cas où le retrait est légitime, après avoir obéi à la seule idée du but d'intérêt public, nous fournit une nouvelle illustration de cette vérité (36).

Au surplus, l'on sait que, si l'agent allègue dans ces cas une situation objective que son acte aurait comme base, le contrôle de la cause réapparaît.

Ainsi, on voit que le détournement de pouvoir est le seul contrôle possible (sauf ce dernier cas) pour les actes que limite seule la directive d'intérêt public. Mais même pour les actes auxquels la loi ou la jurisprudence assigne une cause, le détournement de pou-

---

(36) Cf. HAURIOU, *Précis*, pp. 861 et suiv., avec énumération des *cas* de retrait.

MESTRE, Les refus de permissions de voirie, *Revue des concessions*, 1923-1924.

GOLDENBERG, op. cit., p. 171.

BELIN, th. précitée, pp. 178 et suiv. Noter que M. BELIN parle des *justæ causæ* des retraits de permissions de voirie, ce qui montre combien s'est concrétisée l'idée du but d'intérêt public.

voir a un rôle à jouer dans cette partie de l'acte qui ne peut être objectivement contrôlée. Il y a, en effet, une part subjective irréductible, il y a une certaine « coloration » de l'acte qui peut le rendre bon ou mauvais. C'est en cela que l'idée de la moralité administrative est irremplaçable : elle rend compte de ce fait qu'un acte ne se juge pas d'après une validité purement extérieure, d'après une correspondance formelle aux faits et à la loi, mais qu'il doit être apprécié selon une norme morale, qui le replace dans l'atmosphère subjective de sa création et — si l'on ose employer cette expression littéraire — dans son « climat ».

On a déjà vu un exemple de ceci à propos des manifestations de sociétés de gymnastique ou de musique sur la voie publique (37). Le maire a fait preuve de « partialité » dans la mise en œuvre de son pouvoir de police, en favorisant une société au détriment de l'autre. Peut-être le contrôle des éléments objectifs de l'acte n'eût-il fait apparaître aucune irrégularité; mans « l'esprit » de la décision la vicie. Voici une suppression d'emploi de garde-champêtre qui aurait pour base la nécessité de certaines économies (38). La cause objective est difficile à contrôler; mais l'examen du dossier révèle que « l'esprit » de la décision tend à débarrasser la municipalité du garde-champêtre en tournant la loi. C'est un détournement de pouvoir. Voici un cas plus curieux encore (39) : un Conseil municipal d'Alsace est en conflit avec l'instituteur qui fait fonction de secrétaire de la mairie. Ce dernier ayant formé un recours devant le Conseil d'Etat contre une mesure l'atteignant dans ses fonctions d'employé municipal, le Conseil municipal use de représailles en lui supprimant — sous couleur d'économie — une « indemnité d'école » qu'il touche en tant qu'instituteur. Ici, la part subjective de l'acte que, seul le détournement de pouvoir peut contrôler,

(37) *Supra*, ch. II.
(38) *Supra*, ch. III,
(39) C. E., 29 janvier 1932, Hoyez, *Rec.*, p. 114.

apparaît en pleine lumière : il se peut que la cause de l'acte, l'économie à réaliser, existe effectivement, mais subjectivement l'acte est vicié par le fait que le but poursuivi a été un but de vengeance. Juridiquement cette idée peut s'analyser ainsi : le Conseil municipal avait le choix entre l'abstention et l'action pour réaliser cette économie; mais l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'action est subjectivement vicié, dès lors que le but poursuivi a été un but de représailles. Ainsi, la liberté qu'a l'administration d'agir ou de ne pas agir comporte un usage *normal,* dont le contrôle doit se faire subjectivement, et il doit se faire subjectivement, précisément parce que la cause de l'acte est telle qu'elle n'impose ni action, ni abstention, et laisse la détermination à prendre au pouvoir discrétionnaire de l'agent.

Ainsi, le détournement de pouvoir et la violation de la loi manifestent une fois de plus leur originalité propre l'un par rapport à l'autre. Cette originalité avait été notée souvent par le doyen Hauriou. Dans une note sous l'arrêt Sourisse du 7 mai 1926 (40), on lit cette observation qui confirme ce que nous venons de dire — après l'avoir inspiré.

« Dans le cas de détournement de pouvoir, l'acte est envisagé dans ses motifs déterminants, c'est-à-dire dans les intentions subjectives de son auteur et conserve les caractères d'unité et d'indivisiblité de l'acte subjectif. Au contraire, dans le cas de la violation de la loi, l'acte est envisagé dans ses dispositions objectives et dans leur concordance avec les dispositions objectives de la légalité, confrontations qui admettent la divisibilité. »

De cette opposition théorique, Hauriou en tirait une conséquence pratique d'une logique certaine : le détournement de pouvoir vicie l'acte dans son ensemble, parce que « l'esprit » général d'une décision imprègne

(40) C. E., 7 mai 1926, Sourisse, *S.* 26. 3. 41. Note Hauriou et *J. A.*, II, p. 543.

chacune de ses dispositions; au contraire, l'illégalité peut entâcher une telle disposition et non telle autre.

Un arrêt tout récent — après beaucoup d'autres — confirme ces vues. Par une décision du 19 mai 1933 (41) (René Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers), le Conseil d'Etat a annulé l'interdiction prononcée par le maire de Nevers d'une conférence littéraire de M. René Benjamin, en raison des manifestations hostiles prévues par des groupements professionnels et politiques qu'une vieille querelle sépare du conférencier. Cet arrêt est extrêmement intéressant par les précisions qu'il apporte aux droits de police du maire dans la matière des réunions publiques. M. Michel, commissaire du Gouvernement précise que, seules des « circonstances particulièrement graves » peuvent motiver semblable interdiction, et ceci en raison du principe primordial de la liberté de réunion.

Ainsi, la jurisprudence définit *la cause* des mesures d'interdiction en la matière : l'existence de circonstances particulièrement graves, faisant craindre des troubles tels à l'ordre public qu'ils ne puissent être réprimés sans beaucoup de mal. De cette définition, le commissaire du Gouvernement et la Haute-Assemblée tirent des conséquences logiques : l'interdiction prononcée en dehors de ces « circonstances particulièrement graves » constitue une violation de la loi. Mais ce n'est pas le seul vice possible de l'acte d'interdiction : il peut en outre être entaché de détournement de pouvoir, si par exemple, comme ce pouvait être le cas en l'espèce, il a été pris dans une pensée politique. Dans l'affaire à laquelle nous faisons allusion, le détournement de pouvoir était sans intérêt, car déjà l'absence de cause était établie; aussi le Conseil d'Etat n'examine-t-il pas le détournement de pouvoir. Il se contente de constater que « l'éventualité des

(41) C. E., 19 mai 1933, Benjamin et Syndicat d'Initiative de Nevers, *S.* 34. 3. 1. Conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Michel. Note de M. Mestre.

troubles allégués par le maire de Nevers ne présentait pas une degré de gravité tel qu'il n'aurait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ». Le juge annule pour excès de pouvoir, sans qu'il soit besoin d'examiner le grief tiré du détournement de pouvoir. Ainsi les deux ouvertures sont distinguées l'une de l'autre et une fonction différente est assignée à chacune d'elles.

Ainsi, le contentieux de la cause tend à un contrôle des éléments objectifs de l'acte et de leur légalité; celui du but ou contrôle des éléments subjectifs et de la moralité. Ceci indique la limite qu'il convient de tracer à la théorie de la cause.

Elle est facile à mettre en œuvre quand elle est définie objectivement par la loi et la jurisprudence; quand il est possible de contrôler les situations auxquelles elle correspond. On peut même dire que, lorsque les deux méthodes sont possible, c'est de la méthode de la cause qu'il faut se servir en premier lieu : elle est plus rapide, elle n'implique pas de hasardeuses recherches psychologiques; elle se résume en une question : telle situation existe-t-elle ou n'existe-t-elle pas ?

Mais elle n'atteint pas l'aspect interne de l'acte, sa coloration morale : pareille finesse dans l'analyse ne s'obtient que par la considération du but subjectif.

Ainsi, cause et but sont des éléments complémentaires de l'acte, fournissant des procédés de contentieux différents quand à leur caractère et à leur résultat.

Sans doute, beaucoup d'hypothèse de détournement de pouvoir doivent-elles devenir des hypothèses de violation de la loi. Cette évolution est déjà réalisée dans la matière de la répression disciplinaire, et de la police municipale. L'idée du but s'est concrétisée dans l'exigence de certains faits objectifs fondant les décisions : faute disciplinaire, menaces à l'ordre

public (42). Par ailleurs, l'examen du fait est aujourd'hui aussi largement admis dans l'ouverture de la violation de la loi que dans celle de détournement de pouvoir; il ne doit donc rester aucune préférence d'ordre technique en faveur de ce dernier.

Mais il y a un « esprit » des actes, il y a des notions qui ne se concrétisent pas en situations objectives; toute la moralité administrative ne se définit pas en règles positives et objectives. Le but de l'acte en demeure donc un élément essentiel. Et déjà l'on voit apparaître une idée que l'on retrouvera plus loin : la directive d'intérêt public c'est une, mais elle a deux aspects, l'aspect objectif et externe qui correspond à la cause, l'aspect interne et subjectif qui correspond au but; l'aspect de la légalité et l'aspect de la moralité.

(42) Cf. par exemple pour l'exigence de *motifs précis* en matière de police municipale :

C.E., 19 février 1932 ,Abbé Cherton et autres, *Rec.*, p. 205. De la même manière, le Conseil d'Etat précise que l'interdiction générale de circuler sur telle voie publique doit être fondée sur la crainte « d'inconvénients particulièrement graves résultant de l'état des lieux ».

C. E., 2 mars 1932, Kervrœdan et Griffon, *Rec.*, p. 242.

CHAPITRE VI

La cause dans les opérations administratives à aspect économique.

On serait tenté de croire — a priori — que la cause doit trouver un emploi facile et naturel dans ces opérations de la vie administrative qui empruntent les aspects du droit privé. En particulier, on serait tenté de croire que, née comme notion juridique, dans la vie contractuelle, la cause doit retrouver une place normale dans la théorie des contrats administratifs. Si, par ailleurs, il existe une théorie administrative de l'enrichissement sans cause, la notion de cause ne doit-elle pas s'y appliquer ?

Or, l'examen des réalités juridiques prouve qu'il n'est pas de domaine où il soit plus malaisé d'adopter la théorie de la cause que celui des contrats administratifs. Et ceci se conçoit : si la cause du droit privé est toute orientée dans une sens subjectif de par le principe d'autonomie de la volonté, on sait que la cause de l'acte unilatéral administratif doit être recherché dans la réalité objective. Orientée dans le sens du but, et non des antécédents, la cause du droit privé ne va pas pouvoir être adaptée telle quelle à un acte qui participe au caractère des actes administratifs. Dans la matière de l'enrichissement sans cause, peut-être le subjectivisme du droit privé sera-t-il moins gênant, mais on sent que là aussi, si elle peut s'appliquer, la notion de cause devra subir une adaptation.

Un examen détaillé de ces divers points ne peut entrer dans le cadre de cette étude. Il faut donc se borner à voir les grandes lignes du problème et à en donner une solution d'ensemble, ou tout au moins une tentative de solution.

Section I

La cause dans les contrats administratifs (1)

Tous les contrats de l'Administration ne sont pas des contrats administratifs. Suivant la formule du Tribunal des Conflits (2), il y a des contrats passés par l'Administration qui sont des « contrats de droit civil donnant naissance de part et d'autre à des obligations de droit commun ». Mais précisément, la difficulté est de savoir dans quels cas il y a contrat de droit commun et dans quels cas, contrat administratif.

Etant admis qu'il existe des contrats où certaines administrations sont parties, et qui sont cependant des contrats de droit privé, il convient, nous semble-t-il pour ces contrats, de renvoyer purement et simplement au droit privé, puisque dans ce cas « l'Administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions » (3). La cause, ce sera dans ces contrats, la cause ordinaire du droit privé — ce qui n'est déjà pas tellement net.

---

(1) On laisse ici de côté tout ce qui n'est pas proprement contrat administratif et qui peut s'analyser en des actes unilatéraux :

Actes d'approbation ou d'autorisation des contrats;

Actes détachables du contrat;

Mesures de police prises au cours de l'exécution du contrat.

Sur tous ces points, cf. Alibert, pp. 80, 159 et suiv. (*Théorie des actes détachables.*)

Pour ces « actes détachables » à caractère unilatéral, la théorie de la cause objective peut être appliquée purement et simplement.

(2) Conclusions de M. Feuilloley sous Confl., 4 juin 1910, Compagnie *Le Soleil*, S., 12. 3. 154.

(3) Conclusions de M. Romieu sous C. E., 6 février 1903, *Rec.*, p. 94.

Encore faut-il tracer la ligne de partage entre les « contrats ordinaires » de l'Administration « régis par le Code civil » et les « contrats administratifs ». A cet effet, divers systèmes ont été proposés (4). Celui qui semblait le plus naturel, le plus tentant, en même temps qu'il était dans la ligne d'une théorie juridique en faveur, consistait à caractériser par son but ou par son objet le contrat administratif. Le contrat avait-il pour but d'assurer le fonctionnement d'un *service* public, il était de nature administrative. Telle était l'idée de Duguit qui, au surplus soutenait qu'il n'y avait pas de différence de fond entre le contrat de droit privé et le contrat administratif.

Or, en l'état de la jurisprudence, pareille idée est insoutenable. M. Jèze, qui fait du service public la base de droit administratif, ne dissimule pas que la « collaboration même volontaire à un service public » ne peut avoir pour effet de donner le caractère administratif à pareil accord. C'est qu'en effet, indépendamment des questions de compétence juridictionnelle, le contrat administratif produit des effets propres, qui se résument dans une emprise de la puissance publique sur l'exécution du contrat. Tout contrat avec l'Administration ne peut, en fait, avoir semblables effets exorbitants. La théorie du but a été maintes fois condamnée par la jurisprudence. M. Blum déclare notamment dans ses conclusions, sous un arrêt du 31 juillet 1912 (5) : « Quand il s'agit de contrats, il faut rechercher non en vue de quel

---

(4) Cf. :

Jèze, Les contrats administratifs, *Rev. Dr. Public*, 1925, pp. 161-193, pp. 447-493, pp. 530-602 et *Principes généraux de droit administratif*, t. III.

Duguit, *Droit constitutionnel*, 2e édition, III, p. 41.

Hauriou, *Précis*, pp. 953 et suiv., et note sous C. E.., 5 novembre 1926; Delpin, 7 janvier 1927; Trillier, S., 27. 2. 9., et *J. A.*, I, p. 201.

Belin, thèse précitée, pp. 113 et suiv.

Sudre, La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats, *Thèse Paris*, 1928.

(5) C. E., 31 juillet 1912, Société des Granits, *Rev. Dr. Public*, 1914, pp. 145 et suiv. Conclusions de M. Blum.

objet le contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat d'après sa *nature* même. » Pareillement, M. Romieu (6) indique que « l'Administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit « peut ne pas invoquer » le bénéfice de sa situation de personne publique ».

Il est vrai qu'il reste à définir à quel critère on reconnaîtra que la « nature » du contrat est administrative. Ici, les auteurs sont d'accord pour reconnaître qu'il n'y a pas de critère unique. Selon, M. Jèze, il semble que ce soit à la volonté expresse, tacite ou présumée des parties qu'il faille se référer. Celles-ci peuvent avoir entendu se soumettre au régime spécial du droit public, et cette volonté se traduit par une clause expresse, par la forme même donnée au contrat, par le genre de coopération demandée aux contractants, ou par tout autre manifestation de volonté (7). On induira, par exemple, la nature administrative du contrat des clauses suivantes : soumission à un cahier des clauses et conditions générales formulant des règles exorbitantes du droit privé, clause du contrat soumettant le litige à la compétence administrative, application de la règle de l'intuitus personæ avec interdiction de sous-traiter, droit pour l'administration de modifier les conditions d'exécution du marché, etc...

Il semble que ce soit avec raison qu'Hauriou voie le critérium du caractère administratif du contrat dans l'idée de la « manifestation de la puissance publique », qui se reconnaît au caractère exorbitant des clauses.

Quoiqu'il en soit, les effets des contrats administratifs — et c'est l'intérêt de la distinction — sont très différents de ceux des contrats civils. Ils sont tout entiers dominés par l'obligation du fonctionnement

(6) Conclusions précitées (*V.* note 3).
(7) Jèze, (article précité), p. 173.

régulier et continu du service public. Sur les effets exorbitants du droit privé de ce grand principe des contrats administratifs, il suffit de renvoyer aux pages substantielles de M. Jèze (8). Ils se résument dans l'idée que le contractant devra faire fonctionner le service public, ou lui permettre de fonctionner, fût-ce au prix de charges et d'obligations non prévues au contrat, fût-ce au prix de lourdes modifications dans la manière d'exécuter son obligation. La contre-partie de cette charge onéreuse sera la possibilité pour le juge d'arbitrer si l'Administration ne doit pas, au moins partiellement, supporter les charges pécuniaires imprévues qui s'abattent sur un collaborateur conventionnel, du fait de la règle de la continuité des services publics.

Aussi, l'idée du service public qui, à elle seule ne caractérise pas le contrat administratif, parce qu'il y a des contrats se rapportant à des services publics qui ne sont pas administratifs, le domine cependant dans son exécution.

Quel peut être le rôle de la cause dans pareils contrats ? Il faut tout d'abord se placer sur le plan strictement contractuel et examiner l'aspect de droit privé que présente partiellement le contrat administratif. Sur ce plan et sous cet aspect, on peut dire que la cause de l'obligation de chaque partie est la contre prestation de l'autre. C'est l'aspect classique d'équivalence du contrat synallagmatique.

Mais, peut-être, est-il place aussi pour la cause objective du droit administratif. Ce qui est à la base du contrat, ce sont certaines nécessités de fonctionnement du service public. Sans doute, il ne suffit pas qu'elles existent pour que le contrat ait le caractère administratif; il faut aussi qu'elles se traduisent dans la contexture du contrat, et ceci constitue un sacrifice à l'aspect « privatiste » de toute convention. C'est parce que la collaboration du particulier est contrac-

(8) Jèze, art. précité, p. 171.

tuelle et non forcée qu'il faut que les clauses du contrat manifestent l'intention commune des parties de former un contrat administratif. Il faut qu'expressément ou tacitement le particulier souscrive à l'emprise de la puissance publique sur la convention. Mais, une fois entré volontairement dans le cercle des rapports de puissance publique, le particulier en subira tous les effets.

Or, ici, ce vont être incontestablement des situations objectives, et non plus les volontés autonomes qui déterminent les modalités d'exécution du contrat. C'est dans les nécessités du service public, conçues objectivement, que les charges nouvelles d'exécution, les modifications dans l'exécution vont trouver leur base. La puissance de leur considération sera même telle qu'elle fera échec à la règle née des volontés libres. De telle sorte que la notion de *cause objective* éclipsée au moment de la formation de la convention, par la cause subjective, par la cause contractuelle, réapparaît pour régir l'exécution du contrat. Lorsque telle prestation supplémentaire, non prévue au contrat, sera demandée au collaborateur de l'Administration, quelle sera la cause de cette obligation ? Il serait vain de la chercher dans la volonté subjective des parties; elle a pour base la nécessité objective d'assurer le service public (9). Le contrat administratif produit des effets extra-contractuels, qui ont leur base, non pas dans la commune volonté des parties, mais dans les réalités objectives.

La théorie de l'imprévision et des indemnités pour charges extra-contractuelles rend compte de l'idée que nous énonçons. On aurait tort d'y voir une théorie dont l'unique base serait l'équité. Elle a sa source

(9) « Ce que le concessionnaire doit faire fonctionner, c'est le service public, non pas seulement tel qu'il est organisé par l'acte joint au contrat de concession, mais tel qu'il pourra être ultérieurement modifié. En modifiant cette organisation, l'autorité publique compétente ne viole pas le contrat de concession; elle ne touche pas à ce contrat; elle modifie la loi générale et impersonnelle d'organisation du service public concédé. » (Jèze, *Rev. Dr. Public*, 1925, p. 539.)

en très grande partie dans le sentiment de l'équivalence nécessaire des prestations réciproques des deux parties au contrat. Mais, elle a une autre base, tout entière fondée sur la nécessité d'assurer le service public. M. Chardenet indique, dans ses conclusions sous un des arrêts fondamentaux en la matière (10), qu'octroyer une indemnité pour charge extra-contractuelle, ce n'est pas « enrichir le concessionnaire, le mettre à l'abri de tous les risques. *C'est seulement le mettre en état de continuer à assurer le service public.* « Ainsi, ce n'est pas seulement dans l'équité, mais aussi dans les nécessités objectives du fonctionnement du service qu'il faut rechercher la base de la théorie de l'imprévision.

Au fond, on retrouve dans la question de la cause des contrats administratifs la dualité d'aspect qui caractérise ces contrats eux-mêmes. On peut dire qu'ils appartiennent au droit privé par le fait même qu'ils sont des contrats, par la liberté ou l'autonomie qu'ils laissent aux particuliers d'entrer ou non en rapport avec la puissance publique. Mais, une fois déterminé le rapport du particulier avec l'Administration, c'est sous le signe, non plus de l'autonomie de la volonté, mais des nécessités objectives que se déroule l'exécution des obligations (11). L'obligation ne découle pas de la charte des parties, de l'équivalence générale des contrats, mais des nécessités imprévisibles du service public.

L'aspect de la cause est donc mixte. En tant que convention, en tant qu'accord de volontés, en tant que produisant des obligations prévues par les parties, le contrat doit se voir appliquer la théorie de la cause subjective du droit privé. Mais, dans la sphère extra-contractuelle, dans cette partie de l'exécution du con-

---

(10) C. E., 30 mars 1916, Société du Gaz de Bordeaux. Conclusions CHARDENET, *S.*, 16. 3. 17, note HAURIOU, et *J. A.*, II, p. 579 et les notes d'HAURIOU rapportées dans *J. A.*, III, pp. 544 et suiv, pp. 648 et suiv.

(11) Cf. HAURIOU, *Précis*, p. 1015 (à propos du contrat de concession).

trat qui est dominée par le principe de la continuité des services publics, la cause des obligations exorbitantes du droit commun doit être recherchée dans les nécessités objectives. Là où il n'y a plus effet normal de la convention, mais sujétion et soumission devant la puissance publique, la cause n'est plus dans un aspect de la volonté autonome des co-contractants, mais dans la « situation objective », qui constitue l'essence de la cause de droit public.

Section II

La notion de cause dans la théorie administrative de l'enrichissement sans cause.

Il existe, en droit administratif, à défaut d'une théorie de l'enrichissement sans cause (12) des applications pratiques de ce grand principe de l'enrichissement sans cause, tellement général, tellement universel qu'Hauriou (13) y voyait une notion à caractère de « super légalité ». C'est le principe de la restitution de l'enrichissement injuste qui fonde la théorie des plus-values, les diverses dispositions légales accordant des indemnités pour les servitudes d'utilité publique, ainsi que certaines responsabilités de l'Etat à raison des lois lui procurant un enrichissement patrimonial.

Une extension particulièrement heureuse de la théorie de l'enrichissement sans cause a été faite par Hauriou dans la matière des « responsabilités pour dommages, résultant de l'exercice normal de

---

(12) Sur l'enrichissement sans cause en droit administratif (en général et en dehors de ses applications spéciales), cf. :

Mestre, Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif, *Rev. pol. et parl.*, 1916, pp. 327-342.

E.-H. Perreau, Quasi-contrats en droit civil et en droit administratif, *Rec. de législ. de Toulouse*, 1913, p. 148.

Roques, De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif, *Thèse Montpellier*, 1930.

Hauriou, *Précis*, 11e édit, pp. 335 et 337; 12e édition pp. 540 et suiv.

(13) Police juridique et fond du droit dans *Aux sources du droit.*

la puissance publique ». Ces idées ont été reprises et développées par M. André Hauriou, dans la12e édition du Précis, avec des précisions particulièrement importantes sur le caractère de l'enrichissement sans cause en droit administratif.

On sait que, très généralement, on fonde souvent la responsabilité de l'Etat sur le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques (14). Cette explication est surtout utile pour rendre compte des responsabilités que la puissance publique encourt, en dehors de tout faute de service; et elle se traduit sur ce terrain par une sorte de théorie du risque.

Mais, ainsi que M. André Hauriou le remarque avec justesse, il y a du principe de l'égalité devant les charges publiques à la théorie du risque toute la distance entre une « formule de justice sociale » et le procédé juridique le mettant en œuvre. Rien ne commande que ce soit dans le cadre juridique du risque que se traduise le principe d'égalité. Or, la théorie de l'enrichissement sans cause est, en un sens, plus « morale » et plus compréhensible, du point de vue des exigences de la conscience, que la théorie du risque (15). Il semble que l'explication de certaines responsabilités sans faute par l'enrichissement sans cause soit féconde et satisfaisant pour l'esprit.

Mais comment entendre l'absence de cause qui caractèriserait l'enrichissement injuste, et qui fonderait l'action de *in rem verso ?* M. André Hauriou a indiqué qu'elle doit être recherchée « du côté des opérations juridiques ayant précédé ou accompagné l'enrichissement de l'Administration ».

---

(14) Cf. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique.*
Duez, *La responsabilité de la puissance publique.*

(15) Les notions de risque et d'enrichissement sans cause ne sont pas d'ailleurs sans quelque parenté, puisque certains auteurs essaient de ramener l'enrichissement sans cause à un cas d'application de la théorie du risque. (Cf. Ripert et Teisseire, Essai d'une théorie sur l'enrichissement sans cause, *Rev. trim. dr. civ.*, 1904, pp. 727-796.)

On peut se demander si l'inverse ne serait pas plutôt exact, ou plutôt si théorie du risque et théorie de l'enrichissement sans cause ne seraient pas deux dérivées du principe unique de l'équité.

Ceci demande à être expliqué, mais ressort cependant d'une simple observation : dans les actes juridiques, la cause doit être recherchée parmi les éléments de fait (objectifs en droit public, subjectifs en droit privé). Mais, en soi, l'enrichissement sans cause est situation et non un acte juridique. L'absence de cause ne se traduira donc pas par l'absence d'un élément de fait, mais par celle d'un élément de droit.

Ceci peut sembler inexact, si l'on se réfère au droit privé où l'on admet que l'absence de cause correspond à l'absence de l'équivalent économique qui apparaît bien comme un élément de fait, et non comme un élément de droit. Mais, il ne faut pas oublier qu'il s'agit du droit privé, d'où les catégories juridiques sont absentes,et où par conséquent, il importe peu de savoir par quel mécanisme juridique s'est réalisé l'équivalence pourvu qu'elle existe. On s'attachera donc davantage à l'absence d'équivalence qu'à l'absence d'un acte.

M. Mestre use à cet égard d'une ingénieuse comparaison : « En somme, les patrimoines des divers individus peuvent être figurés comme des sortes de réserves étanches ne communiquant les uns avec les autres que par un certain nombre de vannes qui seraient les modes d'acquérir. » Sans doute, mais tout de suite une remarque s'impose, c'est que, en droit privé, ces « vannes » se réduisent en somme à deux grandes séries d'actes : le titre onéreux et le titre gratuit. L'acte à titre onéreux est caractérisé par la volonté d'obtenir l'équivalence, l'acte à titre gratuit se caractérise en sens inverse par *l'absence voulue d'équivalence*. Mais, dans une hypothèse d'action de *in rem verso,* le litige même étant exclusif de l'idée d'un acte à titre gratuit, tout se réduit à savoir s'il y a eu ou non équivalence. Et ceci parce que, à l'intérieur du principe d'équivalence, la volonté joue librement pour produire tel ou tel acte. Au fond, il n'y a que deux modes d'acquérir : la libéralité et le contrat à base d'équivalence. On comprend pourquoi, en droit privé,

l'absence de cause se traduit au fond par l'inexistence de l'équivalence.

La comparaison de M. Mestre est bien plus frappante si on l'applique au droit administratif. Les « vannes » de communication entre le patrimoine administratif et les pratrimoines particuliers ne se réduisent pas aux deux grandes figures juridiques de l'équivalence et de titre gratuit, mais il existe de véritables catégories d'actes à allure généralement formaliste, qui permettent des mouvements de valeur entre les patrimoines administratifs et les patrimoines des individus. Le droit administratif est imprégné de justice distributive — on peut dire que l'équivalence, forme de la justice commutative, passe au second plan. Mieux encore, et sous réserve de l'entendre correctement, on peut dire que l'équivalent dans le transfert de valeur du patrimoine privé au patrimoine administratif, c'est la réquisition de transfert elle-même.

Evidemment, ceci comporte des nuances. C'est un perfectionnement certain, lorsque cette justice distributive s'accommode également de justice commutative, lorsque l'expropriation est indemnisée, lorsque l'impôt est consenti et apparaît comme l'équivalent des bienfaits de l'organisation étatique. Mais ce qui est premier, ce qui est normal, dans les relations de l'Etat et de l'individu, c'est la tendance à chercher la justification des opérations du côté de l'acte de commandement, du côté de la justice distributive, et non du côté de l'équivalent, du côté de la justice commutative.

C'est dire que l'enrichissement sans cause n'est pas une notion aussi primordiale en droit public qu'en droit privé; il constitue le fruit d'une évolution dans le sens d'un adoucissement de la contrainte étatique; il correspond à une phase de collaboration de l'individu et de l'Etat, où les exigences de la justice commutative se font jour, tout au moins dans la sphère d'activité économique de l'Etat.

Ceci se traduit par l'idée que la réquisition nue, l'acte de la puissance publique à l'état brut est impar-

fait, ne suffit plus à justifier le déplacement patrimonial opéré. Il faudra, soit une adhésion de l'intéressé, soit une compensation sous forme d'équivalent, condensés dans un acte le constatant juridiquement (16).

On aboutit ainsi à une formule mixte : la cause de l'enrichissement administratif repose sur « l'opération juridique établissant l'équivalence (expropriation par exemple) ou impliquant le consentement de l'intéressé (offre de concours) ». Le caractère primitif de justice distributive se retrouve dans l'exigence d'un acte; la justice commutative a sa part dans l'exigence de l'équivalence ou du consentement à titre gratuit.

Ainsi, tandis que la cause de l'acte devait être recherchée du côté des situations objectives, en revanche, la cause de l'enrichissement, situation objective, doit être recherchée du côté de la catégorie des actes juridiques justifiant l'enrichissement, du côté de ces « vannes de communication » dont parle M. Mestre. L'opposition semble absolue, mais elle s'atténue, si l'on songe que dans les deux cas l'idée de catégorie joue un grand rôle : l'acte est juridiquement valable s'il appartient à une catégorie correctement alléguée, l'enrichissement a une cause s'il correspond à une catégorie reconnue.

---

(16) Au fond, toute l'évolution de la responsabilité de la puissance publique s'est faite en ce sens : l'acte de commandement ne justifie pas à lui seul le dommage imposé. Et ceci se vérifie par le fait que la dernière position de résistance du principe de l'irresponsabilité a été dans les actes dits « d'autorité », qui semblaient renfermer une puissance de commandement plus forte que tous autres. Ceci se vérifie encore par l'idée qu'aujourd'hui encore il y a un acte qui porte justification par lui-même, même sans impliquer équivalence ou consentement direct; c'est la loi, acte suprême de la puissance publique, dégagée des exigences de la justice commutative. Lorsque l'Etat s'enrichit du fait d'une loi, et que l'indemnité aux particuliers dépouillés n'est pas accordée par la loi elle-même, il n'y a pas enrichissement sans cause — au moins en droit positif — parce que la loi est cause suffisante de l'enrichissement.

Mais en fait, on évolue vers une soumission de cet acte lui-même aux exigences de la justice commutative.

Cf. HAURIOU, pp. 508 et suiv, et sur le « fait du prince » dans les contrats, pp. 511, avec les arrêts et les auteurs cités.

Ic encore, on retrouve comme dans les contrats administratifs une pénétration de l'idée de cause par les principes de la vie économique, c'est-à-dire par nature de droit privé. L'équivalence joue un rôle certain dans cette théorie. Mais, l'aspect de droit public prédomine encore : la cause de l'enrichissement est la situation objective créée par un acte juridique. Le sacrifice fait aux exigences de la justice commutative et aux principes de droit privé apparaît dans cette idée que l'acte nu ne se suffit pas et qu'il doit impliquer consentement de l'intéressé ou équivalence.

De telle sorte que l'on peut dire qu'un enrichissement est sans cause lorsqu'il n'a pas sa source dans un acte juridique impliquant équivalence ou adhésion de l'intéressé. La physionomie de la cause est altérée dans ses détails, du fait que l'on ne parle plus de la cause d'un acte, mais de la cause d'un fait; mais elle garde ses traits essentiels : c'est une situation objective de droit, et elle a pour effet de déterminer la catégorie juridique de l'enrichissement intervenu.

On voit que, sitôt que l'administration pénètre dans la vie économique, elle se trouve soumise à des principes spécifiquement économiques. Ceci amène une déformation du concept de la cause dans le sens d'une soumission aux exigences de l'autonomie de la volonté et de la justice commutative.

QUATRIÈME PARTIE

Le sens et le rôle de la notion de cause dans l'organisation juridique.

QUATRIEME PARTIE

Le sens et le rôle de la notion de cause dans l'organisation juridique.

Cette étude comporte une conclusion toute naturelle.

D'une part, nous avons essayé de montrer que la cause en droit administratif était une notion distincte du but, ce qui semble contraire à tout le vocabulaire juridique établi. De ceci découle une conséquence importante sous forme de dilemme : Ou bien la cause du droit public est une notion ayant un sens spécifique, et qui n'a avec celle du droit privé qu'une ressemblance toute verbale; ou bien l'assimilation de la cause au but n'est qu'un aspect de la notion de cause, valable pour le droit privé, mais qui n'épuise pas toutes les possibilités d'application de ce concept, qui peut se présenter sous une modalité différente en droit public. La distinction que l'analyse permet d'établir entre la cause et le but se résorberait alors par un effort de synthèse qui restituerait à la cause sa nature essentielle, et celle-ci ne s'exprime ni dans l'idée d'antécédent ni dans celle de but, mais dans une fonction juridique constante nécessaire à tout système de droit quelqu'il soit.

A vrai dire, ces possibilités de synthèse, on les a déjà entrevues. On a vu déjà que la variété de la notion de cause en droit privé décelait une unité foncière de nature fonctionnelle : rappelons-nous les formules de M. Maury. D'autre part, dans l'acte adminis-

tratif, il existe des rapports certains entre la cause et le but.

La notion de l'intérêt public qui domine toute la théorie de l'acte administratif ne peut manquer de nous offrir des possibilités de synthèse.

Il faut maintenant examiner si, à ces impressions correspondent des réalités. Nous le ferons le plus brièvement possible. Dans un premier chapitre on traitera des rapports de la cause et du but dans l'acte administratif. Dans un autre, on tâchera de définir l'unité fondamentale de la notion de cause en droit public et en droit privé, unité qui n'est pas faite d'une permanence d'éléments logiques, mais de la persistance d'une certaine fonction, assumée par la cause, unité non logique, mais fonctionnelle.

CHAPITRE PREMIER

Les relations de la cause et du but dans l'acte administratif.

Section I

La finalité dans l'acte juridique.

L'aspect finaliste des institutions juridiques a été très étudié dans la doctrine cependant que la législation et surtout la jurisprudence faisaient de nombreuses applications pratiques de cette idée, que les droits reconnus au sujet de droit ne sont pas des fins par eux-mêmes mais sont relatifs à certains buts qu'ils doivent atteindre, à certaines « fonctions » qu'ils doivent assumer. En liaison certaine avec l'idée d'un droit naturel (1), correctif indispensable des injustices que ferait naître l'application purement exégétique des textes la pénétration de la finalité dans la théorie juridique est pourtant autre chose qu'un appel pur et simple au droit naturel. C'est même en un certains sens son contraire car, en intégrant l'élément téléologique dans les théories de droit positif, les conceptions finalistes ont fait passer la notion de but du domaine des principes nus, dans celui de la sanction (2).

(1) Cf. Renard, *Le droit, l'ordre et la raison*, 3e série, p. 38 : « Le droit naturel découvre la finalité par rapport à laquelle s'ordonnent tous les facteurs de l'ordre juridique. »

Et du même auteur, *La théorie de l'institution*, t. Ier, 2e app., p. 515.

(2) Ihering, *Zweck im Recht*, traduction Meulenaere (sous le titre *L'évolution du droit*, n° 124.)

Cette réflexion sur le rôle de l'idée de finalité dans le droit s'est, d'ailleurs, poursuivie de deux points de vue différents, sans que les auteurs, du reste, aient toujours eu conscience de cette dualité. Il y a ce que l'on pourrait appeller le point de vue sociologique et le point de vue psychologique.

Le premier de ces deux points de vue appelle une réflexion sur la valeur sociale du droit et sur son fondement, et par là se rattache à la spéculation des théoriciens du droit naturel. Le droit est une pièce de l'organisation sociale. Suivant la formule dualiste d'Hauriou, qui semble bien résumer ce qui est irréductible dans l'organisation juridique, le droit « est une sorte de conduite qui vise à réaliser à la fois de l'ordre social et de la justice (3) ». Ainsi, il n'a pas sa fin en lui-même, mais dans un but extérieur qu'il doit réaliser. De ceci, il résulte cette idée insupportable à certains juristes, mais à peu près inévitable, que la force obligatoire de la norme juridique, si elle trouve dans son existence positive une très forte présomption de validité n'y trouve cependant pas absolument son fondement. On voit que nous sommes ici dans les positions les plus proches des spéculations de la philosophie du droit. Mais sans remonter si haut, une autre conséquence de l'idée de finalité dans le droit tend à se concrétiser dans des règles de droit positif, et c'est toute la théorie de la relativité des droits. La finalité première qui sert de moteur à toute l'organisation juridique se retrouve dans chacun de ses éléments; de même que le Droit ne vaut que par ses fins les droits ne valent que par les fonctions auxquelles ils correspondent et que leur assigne la vie sociale : il y a un « esprit » des droits qui les justifie et les limite dans leur exercice. Il est inutile d'insister sur des idées bien connues et admirablement développées par la doctrine et même la jurisprudence (4).

---

(3) HAURIOU, L'ordre social, la justice et le droit, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1927, recueilli dans *Aux sources du droit*, p. 66.

(4) C'est une idée très développée. Renvoyons seulement aux *Essais de téléologie juridique* de M. JOSSERAND.

Mais il est un autre aspect de la finalité juridique, et c'est ce que nous avons appelé le point de vue psychologique. Il se présente comme un produit naturel de l'analyse psychologique classique et a, à sa base, une constatation relative à la causalité mentale. Alors que le monde physique nous montre une détermination incessante des faits par leurs antécédents, le monde mental nous offre une image de la causalité toute autre. Il y a là une conception que Ihering (5) a développé de façon saisissante. La vraie cause des actes de volonté est dans l'avenir et non dans le passé. « Un acte de volonté sans cause finale est une impossibilité aussi absolue que le mouvement de la pierre sans cause efficiente. » C'est à une idée analogue qu'obéira Duguit lorsqu'il montrera notamment que les « mobiles impulsifs » qui sont de l'ordre de la causalité efficiente n'ont pas de rôle direct dans la formation de l'acte juridique, le but concentrant en lui toute la valeur de l'acte de volonté. Peut-être, d'ailleurs, pareilles conceptions s'accompagnaient-elles d'une certaine méconnaissance de la réalité mentale à l'état brut. En effet, du point de vue purement psychologique, le but est un antécédent comme les autres. C'est un état de conscience, une représentation, qui précède l'acte; sans doute, sa signification intellectuelle est-elle une certaine prévision du futur, mais dans le déroulement de la vie mentale, cette représentation se présente comme une cause efficiente et antécédente. Si on n'admet pas ce point de vue il faut décider que la conception d'une vie mentale faite d'états de conscience distincts et s'écoulant dans une durée homogène est fausse, mais alors la théorie très classique de l'acte juridique se trouve totalement bouleversée.

D'ailleurs, ceci est d'une importance secondaire; car l'essentiel, à notre sens, c'est la coïncidence curieuse mais très compréhensible qui s'établit entre ce que l'on a appelé le point de vue sociologique et le

(5) Cf. tout le début de *Zweck im Recht.*

point de vue psychologique. Le droit doit réaliser certaines fins. La valeur des actes juridiques va donc, semble-t-il, dépendre du but qu'ils poursuivent, de l'esprit dans lequel ils interviennent : la considération du but sous le nom de la cause ou des motifs ou sous tout autre nom va donc être un des points de vue essentiels duquel s'appréciera la valeur de l'acte. Ceci semble évident et est corroboré par l'évolution du droit positif.

Et pourtant, n'y a-t-il pas là un vice de raissonement très subtil, mais réel ? Que constate-t-on ? Que l'organisation juridique tire sa valeur de certaines fins qu'elle doit poursuivre. Mais de cette idée on ne peut sans abus tirer une autre conséquence que celle-ci, à savoir : la nécessité *d'obtenir* certains résultats et nullement une méthode d'analyse des actes juridiques. Il peut y avoir une coïncidence fréquente entre la finalité juridique et la finalité psychologique, mais elle n'est pas fatale.

De ce que la réalisation de certaines fins est le but final de l'organisation juridique que peut-on déduire, touchant l'acte juridique ? Que cet acte doit être conforme à ces fins, de façon objective. Mais, au fond, les intentions subjectives, le but psychologique de l'acte ne sont intéressants que dans la mesure où ils sont un moyen de contrôler cette réalisation objective. Ainsi, un acte dont le but subjectif est une certaine fin sociale a plus de chances d'atteindre cette fin que l'acte qui poursuit une fin différente, encore qu'il faille faire la part de la maladresse qui peut s'opposer à pareil résultat. Mais ce que postule essentiellement la finalité de l'organisation juridique, ce sont certains résultats objectifs non la poursuite de certains buts subjectifs. Au fond, c'est le mot but qui fait illusion, par la faute d'un irrémédiable anthropomorphisme. L'idée de but évoque immédiatement un certain état de conscience qui en est le support. On n'arrive pas à objectiver une semblable notion. L'idée de « fin » vaut mieux car elle est moins subjective, et mieux encore l'idée de « fonction ». Dire que la « fin » de l'œil

est de voir, ce n'est pas fatalement dire que dans un certain état de conscience divin ou anthropomorphique, a été poursuivi un but subjectif liant la vision à l'œil. En dehors de toute métaphysique, on applique en biologie des lois de finalité, sans que celà implique un « but » de la Nature conçue comme entité consciente. Il existe certains orientations purement objectives tendant à faire correspondre certains actes à certaines fins, qui n'ont pas à leur base un but subjectif : certains mécanismes réflexes, certains tropismes, les actes de la vie instinctive ont une certaine finalité objective, sans avoir comme fondement la représentation d'un but subjectif. Il est vrai que l'acte juridique est par nature l'acte d'une volonté libre et intelligente. Ne peut-on dire en ce cas que la finalité externe, l'orientation objective se transforme en une finalité subjective pensée et recherchée par le sujet de droit ? C'est précisément ce qu'il faut voir. Mais on nous permettra de penser que l'importance du but dans l'acte juridique ne dérive pas de façon primaire et immédiate de la finalité du système juridique tout entier. Cette finalité postule la réalisation objective de certaines fins par le système juridique, mais non pas, au moins de façon unique, la poursuite de certains buts subjectifs dans les actes juridiques.

Les difficultés viennent en grande partie de ce que l'on raisonne à partir de l'acte de droit privé et qu'on prétend transporter ces résultats en droit public. Non pas que l'acte de droit public et l'acte de droit privé soient radicalement hétérogènes, mais ils présentent des différences qui, sans altérer la substance psychologique ou juridique qui leur est commune, ne peuvent être négligées. Il y a notamment à la base de tout le droit privé un subjectivisme qui explique comment dans cette discipline la finalité juridique se traduit par le but subjectif à peu près seul, alors que dans le droit public, la réalisation des fins obligées est obtenue par des procédés, en partie, différents du but.

Le droit privé, dans toute la partie où joue au maximum le pouvoir créateur de la volonté repose sur

ce que l'on pourrait appeler le postulat individualiste. Ce postulat se présente d'abord comme une vue sur les fins de l'organisation sociale, laquelle prend sa valeur dans les services qu'elle rend à l'individu. Dans cette perspective, l'Etat, pièce maîtresse de l'organisation sociale a seulement une mission de « protectorat de la vie civile » (6), laquelle est normalement individualiste. Les droits de l'Etat sont ainsi limités par la fin qu'il remplit. Ce postulat signifie, en second lieu, que le meilleur moyen d'obtenir une vie sociale à la fois libre, juste et durable est de laisser les individus choisir librement leurs fins et leurs activités ou, suivant la formule de M. André Hauriou leurs « entreprises ». C'est le fondement le plus solide du droit de propriété, considéré comme facteur d'organisation et de progrès économique; c'est le principe de la liberté du commerce et de l'industrie conçu comme assurant une production harmonieuse des richesses; c'est le principe de la liberté des conventions qui doit permettre à la fois à chacun de rechercher son intérêt propre et à la société d'obtenir les formes d'activité économique les plus souples. Les racines idéologiques de semblables conceptions sont évidemment multiples : idée chrétienne que les sociétés ont leur fin dans le salut des individus, idée kantienne de l' « individu fin en soi », libéralisme économique, conception volontariste du droit : les préciser toutes nous entraînerait trop loin. Qu'il nous suffise d'indiquer que malgré des mouvements de flux et de reflux, ces conceptions sont encore dominantes. Evidemment, depuis une trentaine d'années, l'individualisme a subi de rudes assauts; mais pour qui examine l'ensemble de l'organisation du droit privé on s'aperçoit que si de nombreuses limites ont été apportées à l'individualisme, son essence subsiste. La théorie des droits-fonctions sociales donne son maximum lorsque l'usage anti-social d'un droit est

(6) Cf. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation* dans *Aux sources du droit*, pp. 89 à 127 : « L'idée de l'Etat est celle du protectorat de la société civile nationale », (p. 99).

condamné; mais il serait très exagéré de dire que les individus dans l'usage de leur droits sont tenus de réaliser des fins sociales. Les limitations qui ont été apportées à ce système individualiste l'ont été au fond pour assurer son meilleur fonctionnement et surtout pour permettre à un nombre de plus en plus grand d'individus d'en bénéficier. On s'est aperçu du rôle essentiel de la Société, mais au fond, tant qu'on ne la pose pas comme fin en soi et comme réalité suprême, on reste dans les limites de l'individualisme « lato-sensu » et dans ce sens il est certain que la France a toujours vécu sur un fond d'idées individualistes (7). Hormis, peut-être, les sociologues qui ont cru à la réalité de l'être social indépendant des individus, les spéculations sociales ou politiques les plus extrêmes en France n'ont jamais abouti à voir dans les groupes sociaux des « fins en soi » indépendantes des individus d'hier ou de demain. Il demeure de ceci que la finalité en droit privé est malgré tout quelque chose d'assez vague. Si l'on considère notamment le domaine d'action de l'acte juridique on s'aperçoit que les diverses fonctions des droits ne sont en somme définies que de façon très vague et négative. Il apparaît que les directives de finalité en droit privé sont surtout des *directives de moralité.*

Ceci se comprend d'ailleurs : il n'y a pas de définition légale ou jurisprudentielle traçant pour chaque acte ou activité juridique un but à atteindre (on serait en peine d'ailleurs pour le faire puisque le type de ces

---

(7) Sur toute cette question de l'individualisme, cf. la thèse de M. CAYRET, *Le procès de l'individualisme juridique*, Toulouse, 1930.

Rien n'est plus caractéristique à cet égard que les théories politiques : le socialisme autochtone voit dans l'organisation sociale un moyen de bonheur individuel. Il y a même des parentés de pensée curieuses avec l'anarchisme (Cf. CHARLIER, L'anarchisme-communisme, *Thèse Rennes*, 1930).

Par ailleurs, les représentants les plus caractéristiques du nationalisme doctrinal n'ont jamais abouti à donner de la nation une formule mystique et à y voir une pure « fin en soi ». C'est une position spéciale à la pensée française que ce refus d'ériger les groupes sociaux en réalités suprêmes.

activités est librement crée par les individus eux-mêmes), partant il n'y a pas de conditions d'exercice de la volonté autonome. Le minimum de finalité qui peut être exigée dans l'acte se ramène à la moralité. Et tel est au fond un des grands enseignements du livre de M. Ripert (8) : la première limitation à l'autonomie de la volonté même en dehors d'un système de fonctionnalisation des droits résulte de la règle morale. Et il conviendrait même de se demander dans quelle mesure la finalité elle-même n'est pas un des aspects de la moralité.

Quoiqu'il en soit, il résulte de ceci que la finalité du droit privé n'étant qu'une directive imprécise ne peut guère se saisir que dans les éléments intentionnels et subjectifs des actes et de façon plus large des activités. Voici un propriétaire qui élève une construction génante pour son voisin. Ce qui prouve surabondamment que la fonction sociale du propriétaire n'est définie que moralement, c'est que le fait objectif d'élever cette construction n'ouvrira pas de droit à la discussion de la part du voisin. La question de l'utilité objective de la construction ne se posera pas. Par contre, si l'intention subjective a été mauvaise, si la construction a pour but unique de causer une gène au voisin, il peut y avoir abus du droit. La limite rencontrée par la volonté autonome n'est pas établie en partant d'une définition positive de la fonction sociale du propriétaire, car alors toute activité du propriétaire devrait être discutée du point de vue de son utilité objective; la limite rencontrée est d'ordre moral, c'est-à-dire, d'après la formule d'Hauriou, qu'elle se réfère à la distinction du bien et du mal (9). Elle ne peut donc s'apprécier que dans le for interne de l'individu, c'est-à-dire dans ses intentions et dans ses fins.

Au surplus, une remarque permet de vérifier ce que nous avançons : On a essayé d'objectiver, dans la

(8) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, 1 vol.
(9) Hauriou, *Précis*, p. 360.

mesure du possible, la fonction sociale de la propriété dans la théorie de l'abus des droits. M. Brethe, par exemple, dans une note au Sirey (10), proteste contre le criterium trop subjectif que les tribunaux donnent de l'abus du droit en l'assimilant à l'intention de nuire. Réfléchissant sur la finalité juridique, le savant professeur remarque que les droits sont donnés pour la satisfaction des intérêts. (Sans doute, notamment pour le droit de propriété, y a-t-il là une « fin intermédiaire » en certains cas; la fin dernière étant le meilleur état social possible.) Mais cette fin appréhendé,e il en résulte que là où il n'y a pas d'intérêt à satisfaire, il y a abus du droit. Au criterium subjectif de la rectitude des intentions se substitue le criterium objectif de l'utilité.

On s'aperçoit qu'en adoptant pareilles vues, on n'a plus besoin de pénétrer dans le for interne des individus tout comme lorsque en droit public la loi a précisé les conditions d'émission d'un acte administratif, il n'est pas besoin, ou il n'est besoin qu'accessoirement de rechercher les intentions subjectives de l'agent. Il est vrai qu'en droit privé il faudrait encore préciser quels intérêts sont légitimes car, au fond, c'est un intérêt comme un autre que l'intérêt que l'on trouve à nuire à autrui. Le criterium ici doit être encore cherché du côté de la morale individuelle ou sociale. D'ailleurs, il semble que la jurisprudence ne s'oriente guère dans ce sens et s'en tienne au contrôle des intentions subjectives des individus. Ainsi, la limitation sociale des droits privés est-elle à base essentiellement subjective.

La théorie de la cause du droit privé nous a révélé des aspects analogues. C'est dans la volonté autonome et dans ses motifs que doit être recherchée la cause des obligations contractuelles. C'est dans les intentions subjectives des parties que s'apprécie l'aspect social et moral de l'acte. L'élément le plus objectif de cette

(10) Note de M. Brethe sous Cass. 7 mai et 24 novembre 1924, au *S.*, 25. 1. 217.

théorie c'est la notion d'équivalence et l'on sait (11) qu'elle est une notion dérivée, qu'elle résulte de la présomption que la volonté autonome recherche l'équivalence dans le domaine contractuel.

En résumé, l'on peut dire que le point de vue de la finalité sociologique relatif aux fins du droit et celui de la finalité psychologique relatif aux fins du sujet de droit, se confondent en droit privé esentiellement, parce que la place faite à l'individualisme juridique y est très large, parce que la finalité des droits privés est définie de façon très vague et surtout sous son aspect moral. Suivant une idée souvent rencontrée, seul un contrôle subjectif est possible, parce que la finalité des droits n'est pas suffisamment objectivée. En droit privé il y a coïncidence entre la finalité des institutions juridiques et l'aspect téléologique de l'acte de volonté. Mais si l'on se place dans un autre système juridique, cette finalité peut se traduire par un autre procédé de contrôle que le but; au fur et à mesure qu'elle se précise et s'objective, elle se concrétise dans un contrôle des éléments non subjectifs de l'acte. C'est précisément ce qui se passe en droit public.

Ainsi, croyons-nous avoir dissipé une illusion, celle de croire que la finalité des institutions juridiques se concentre tout entière sur l'aspect subjectif des actes. Nous allons voir que là où elle est maxima en droit administratif elle imprègne l'acte dans son entier et tend même à reléguer au second plan les éléments proprement subjectifs de l'acte.

Section II

La directive d'intérêt public et sa traduction dans la technique de l'acte administratif.

On pourrait concevoir un droit dont la finalité se traduirait de façon totalement objective par une défi-

(11) Cf. *supra*, Introduction de la 3e partie.

nition des diverses situations et des actes devant leur répondre. Ce monde ne serait pas moins finaliste qu'un autre, comme le monde de l'instinct n'est pas moins finaliste que celui de l'intelligence. Il y a au fond deux moyens d'assurer la finalité d'un système juridique : ou bien laisser la détermination des moyens (et partiellement des fins, comme en droit privé) aux individus, et en ce cas on voit que la notion du but psychologique y acquiert une importance essentielle; ou bien définir les fins, les moyens et les cas possibles de mise en œuvre de ces moyens. Dans le premier cas, la finalité du système se définit au cours de sa mise en œuvre; dans le second cas, elle est définie par la règle de droit antérieurement à sa mise en application.

Nous savons que le droit administratif offre une combinaison de ces deux procédés. Il se différencie du droit privé, tout d'abord parce que sa fin objective est définie bien plus clairement, sinon avec beaucoup de précision : l'intérêt public ou l'utilité publique. Evidemment, cette notion est elle-même assez vague et changeante, mais du moins constitue-t-elle un principe d'action défini positivement et non plus négativement comme en droit privé. Mise à la base du droit administratif, cette notion signifie que les actes administratifs doivent réaliser l'intérêt public. Cette réalisation doit-elle s'apprécier d'après le but poursuivi ? Voilà ce qui ne nous est pas dit. En tout cas, le droit public montre surabondamment que si l'analyse téléologique de l'acte est un moyen de contrôler l'acte, elle n'est pas le seul. On ne peut donc passer *immédiatement* de l'idée que l'acte administratif a pour base l'intérêt public à l'idée que la cause de cet acte va s'identifier au but d'intérêt public.

Il arrive, en effet, que la règle de droit légale, coutumière ou jurisprudentielle ait déterminé les situations objectives auxquelles doit correspondre l'acte, ou ce qui revient au même, « ait défini le but concret de cet acte. Nous disons ce qui revient au même; et en effet, il faut remarquer que les directives de finalité, sitôt qu'elles atteignent une certaine précision,

tendent à la définition des antécédents objectifs des actes et ceci est une nouvelle preuve que la finalité se réalise autrement que par le procédé du but psychologique.

Il faut d'ailleurs comprendre pourquoi il se produit une traduction de la finalité dans l'ordre des antécédents sitôt que le but atteint une certaine précision. C'est que le but d'intérêt public est en soi une notion objective. La directive d'intérêt public n'est pas l'existence d'un certain état d'âme subjectif; mais l'exigence d'une correspondance de l'acte à certaines nécessités. Dire que la mesure de police doit avoir pour but le mantien de l'ordre public, ce n'est pas esentiellement dire que l'agent qui prend la mesure de police doit subjectivement avoir cette pensée. Ou plutôt, ce n'est cela que dans la mesure où pareille règle est une conséquence d'une règle plus générale, celle qui exige que l'acte réalise le but d'intérêt public. Il est normal que cette règle du but se traduise par l'exigence de certains antécédents objectifs de l'acte, parce que c'est par rapport à ces antécédents objectifs que l'on pourra définir l'orientation de l'acte dans le sens de l'intérêt public. Mais cette polarisation de la directive d'intérêt public sur les éléments antécédents des actes n'est fructueuse pour la technique juridique que lorsque l'intérêt public est défini avec une certaine précision, soit par la loi elle-même, soit par la coutume ou la jurisprudence. Si, en effet, il reste indéfini, les situations qui pourraient le traduire sont innombrables, illimitées, et il est dès lors sans intérêt de s'attacher à cet élément imprécis pour juger de la validité de l'acte. Nous verrons d'ailleurs, que lorsque la directive d'intérêt public se présente comme insusceptible de précision, comme ne pouvant guère se définir que négativement par rapport à ce qui n'est pas l'intérêt public, on se trouve dans le domaine de la moralité administrative et des normes internes de l'institution administrative.

Pour l'instant, bornons-nous à constater la place et le rôle de la notion de cause objective et de celle de

but subjectif par rapport à la directive d'intérêt public. Cause et but sont les traductions de cette directive par rapport aux deux aspects, aux deux faces opposés de l'acte administratif. Mais il ne faut pas oublier que la définition de l'intérêt public concret aboutit vite à donner la prééminence à la traduction objective de la directive, et que la jurisprudence à défaut du législateur a une invincible tendance à opérer cette définition.

On peut caractériser par une triple formule le mouvement par lequel la directive d'intérêt public en se concrétisant arrive à traduire la finalité de l'acte dans l'élément objectif de la cause : il y a à la fois fragmentation, extériorisation et objectivation de la directive d'intérêt public.

Fragmentation parce que à l'idée d'un intérêt public indivisible dans son unité se substitue l'idée d'aspects multiples de l'intérêt public, tendant — sans y parvenir tout à fait — à l'autonomie. L'ordre public, le bon fonctionnement des services, les intérêts financiers des collectivités publiques, voilà des aspects différents de intérêt public, qui en un certain sens diffèrent entre eux puisque des moyens différents sont prévus pour leur réalisation respective, et puisque les moyens adéquats à l'un ne le seront pas à l'autre.

Il y a, en second lieu, extériorisation de la notion d'intérêt public et ceci demande quelques explications. Rien ne serait plus faux que de voir dans cette directive d'intérêt public une règle externe à l'Administration et qui lui aurait été imposée du dehors. Il faudrait rappeler ici qu'elle ressemble plutôt à l'idée directrice dans la théorie de l'Institution d'Hauriou (12). Sans évoquer cette très intéressante théorie, bornons-nous à rappeler que la notion d'intérêt public se présente comme une directive interne de l'Administration. Il serait faux de s'imaginer que la notion de l'intérêt public s'est présentée comme une règle précise venue du dehors et sur laquelle l'Administration se

(12) Article précité : *La théorie de l'institution.*

serait modelée. Il apparaît, au contraire, que c'est en grande partie au sein de l'Administration elle-même que naît, se précise et se transforme la notion d'intérêt public. Hauriou fait admirablement remarquer à cet égard (13) que le « régime administratif organisé à partir du XVII[e] siècle ne fut pas organisé à force de règles de droit, mais à force d'organismes administratifs ». C'est donc que la directive d'intérêt public est en un certain sens appropriée par l'Administration et lui est originairement intérieure. Elle s'extériorise dans la mesure où l'intérêt public défini par les diverses sources du droit se précise, échappe à l'appréciation administrative, et tend à constituer une norme juridique limitant l'activité administrative, autant qu'elle la stimule.

Enfin, que le mouvement de transmutation de la finalité administrative soit une objectivation ceci se comprend fort bien puisque là où la règle de droit aura défini nettement l'intérêt public et les situations objectives, l'acte pourra s'apprécier objectivement.

Mais n'omettons pas ce qui a été dit plus haut. Cette transmutation de la directive de finalité en règles objectives est incessante et toujours inachevée. Elle trouve ses limites tout d'abord du côté du pouvoir discrétionnaire et des nécessités — qu'il traduit — de faire leur place aux éléments subjectifs des actes et de l'organisation juridique. En second lieu, la notion d'intérêt public n'est pas donnée une fois pour toutes : elle évolue et se transforme, fidèle reflet des changements politiques et sociaux. Suivant la formule de M. A. Hauriou (14), elle « se détermine progressivement et en partie du reste, grâce à l'intervention de l'Administration elle-même ». La traduction objective de la notion d'intérêt public n'est donc jamais achevée parce que cette notion elle-même est inépuisable (15).

---

(13) Hauriou, préface au livre de Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo* (Madrid, 1929).

(14) A. Hauriou, article précité sur le pouvoir discrétionnaire.

(15) Cf. Belin, thèse précitée, pp. 9-13.

Le but garde donc toute sa valeur à côté de la cause objective pour traduire la finalité de l'acte administratif en ce qu'elle ne peut se ramener à des définitions purement objectives.

Ces considérations nous ramènent donc à la constatation déjà faite que la cause objective et le but subjectif doivent trouver place dans la théorie de l'acte administratif, étant l'un et l'autre la traduction de la grande loi du droit administratif : l'intérêt public. Mais ceci amène à poser deux problèmes importants : d'une part, y a-t-il une dissymétrie qui a priori serait choquante entre l'acte de droit privé et l'acte de droit public, l'un comportant un élément de cause objective, en même temps que le but subjectif, l'autre ne comportant que le but subjectif (qui d'ailleurs est appelé cause) ? En second lieu, dans quelle mesure est-il exact de dire que l'intérêt public est la cause des actes administratifs ? Ce sont ces deux questions que nous allons examiner.

Section III

L'acte de droit public et l'acte de droit privé diffèrent-ils par leur structure juridique ?

Une des conséquences les plus alarmantes des idées que nous proposons et qui serait le meilleur argument contre leur exactitude, c'est qu'elles tendraient à établir une séparation radicale entre l'acte de droit public et l'acte de droit privé, puisque le premier comporterait un élément inconnu dans le second : la cause objective, sans d'ailleurs que s'y efface pour celà l'idée de but.

L'objection est embarrassante si l'on songe que la logique veut que l'acte de droit public comme l'acte de droit privé ait une structure déterminée par certaines exigences psychologiques, qui doivent être les mêmes dans les deux cas. Si le contenu de chacun des deux types respectifs d'actes est différent, leur forme générale doit être identique. Duguit et Hauriou l'affirment.

Mais l'objection n'est dirimante que si l'on se fait illusion sur la valeur — en tant que correspondant à un donné irréductible — des analyses de l'acte juridique. L'analyse classique de l'acte de volonté conçu comme la représentation d'un but provoquant une délibération, dans laquelle sont jetés comme des poids sur le plateau d'une balance des arguments contradictoires, les plus puissants finissant par l'emporter et provoquant le « fiat » d'une faculté spéciale appelée volonté, est déjà une déformation très poussée de notre vie mentale, une représentation spéciale et mécanique de la multiplicité et de la continuité internes. Elle aboutit, d'ailleurs, par un curieux détour à nier toute liberté au sujet, puisque toute ses décisions découlent de la lutte de ces divers éléments de sa vie mentale, lutte dont on peut prévoir l'issue sitôt connus les éléments antagonistes (16). Il faut au minimum admettre sinon la fausseté radicale de cette interprétation de l'acte de volonté, du moins son caractère très relatif. Contrairement à ce qu'a pensé Duguit — sur la foi, il est vrai, des philosophes professionnels — l'analyse de l'acte de volonté n'est pas une donnée brute de la psychologie, mais déjà une interprétation du phénomène psychique, peut-être commode et légitime, mais qui passe déjà au rang des procédés techniques de la psychologie.

Ce qui est donné, c'est la continuité de la vie mentale, et c'est une durée hétérogène qui comporte une libre création. La mise en équation par une décomposition de ses éléments peut bien en être un procédé commode d'analyse, mais ne s'impose pas comme la réalité irréductible. Ceci n'est pas de la métaphysique, mais est le résultat de l'observation bergsonienne, qu'il faut réfuter ou accepter. Et encore une fois, même si on ne l'admet pas dans l'explication positive de la vie mentale qu'elle propose, cette observa-

---

(16) Sur tous ces points, cf. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience* (et toute son œuvre en général) et LACOMBE, *La psychologie bergsonienne.*

tion montre tout au moins le relativisme des images de la vie mentale que nous propose la psychologie antérieure, qu'il s'agisse d'auteurs aussi différents que Descartes, Cousin ou Ribot.

Il est vrai que cet appel à une théorie philosophique pourra paraître déplacé et bien peu juridique. Que l'on nous excuse, mais ce n'est pas nous qui portons la discussion sur ce terrain. Les auteurs se réfèrent volontiers à ce qu'ils considèrent comme des données irréductibles de l'acte psychologique et en tirent des déductions que n'autorise pas l'incertitude de leurs prémisses. Duguit part de l'analyse de l'acte de volonté et déclare ne pas concevoir que l'acte de volonté, aboutissant à un effet de droit public, soit distinct d'un acte de volonté aboutissant à un effet de droit privé, et certes, on doit l'approuver. Mais il traite l'analyse des phases de l'acte de volonté telle que la lui fournissent les psychologues comme il ferait du théorème de Pythagore. Sans doute, l'acte de volonté est le même en droit public qu'en droit privé, mais l'analyse que Duguit en fournit après les psychologues étant très discutable, elle peut être fausse à la fois pour le droit public et pour le droit privé.

Ou plutôt elle n'est point fausse, mais elle n'a pas la valeur que Duguit lui attribue. Elle est vraie comme une technique commode, elle est vraie comme il est vrai que l'asymptote rencontre la courbe à l'infini, elle est vraie comme une approximation permettant des simplifications et des résultats pratiques indispensables. Et l'on ne saurait trop répéter que toute science faisant appel à des éléments psychologiques a besoin de ces représentations simples et quasi-mathématiques de l'infinie complexité mentale. Mais alors, le schéma de l'acte de volonté passe au rang de procédé technique, c'est-à-dire qu'il vaut dans la mesure où il concilie la réalité complexe et le besoin de simplicité de l'action pratique. En droit public, comme en droit privé, l'acte de volonté doit avoir la même nature psychologique, mais ceci ne permet pas de déductions quant à la similitude des représentations sché-

matiques de l'acte de volonté dans la technique juridique, en droit public et en droit privé.

Pour résoudre semblable difficulté, deux méthodes sont possibles : Ou bien se lancer courageusement dans une nouvelle théorie de l'acte de volonté, et c'est lier la valeur des analyses du droit positif à celle des données psychologiques ou bien admettre que le problème doit être traité par le juriste par des techniques spécifiquement juridiques.

Or, ici, la symétrie que l'on doit déduire a priori du raisonnement et qui a trait à la structure respective de l'acte de droit public et de l'acte de droit privé, se présente de toute autre façon. Qu'est-ce qui doit être a priori identique dans l'acte de droit public et dans celle de droit privé ? Essentiellement deux choses : d'abord la réalité mentale *brute,* ensuite la façon dont l'acte de volonté reçoit force juridique. Dans les deux cas, l'acte psychologique est le même; dans les deux cas, c'est en vertu des mêmes principes que la volonté produit un effet de droit.

Mais c'est tout : les procédés techniques d'analyse ne doivent pas être obligatoirement les mêmes dans les deux cas. Notamment, qu'est-ce que le but ? La réalité mentale à l'état brut ne nous offre pas un élément but distinct *par sa nature psychologique* des autres éléments accompagnant l'acte de volonté. La preuve en est que la définition du but de Duguit est déjà juridique. Psychologiquement parlant, la définition du but de Duguit est arbitraire : elle tire toute sa valeur des applications qu'elle permet en droit. Au fond, la théorie de M. Jèze est plus près de la vérité psychologique, lorsqu'elle essaie de saisir la complexité de la vie mentale en faisant appel aux motifs entendus de façon très vaste; pour cette théorie, la difficulté ne commence que lorsqu'il faut discerner parmi les motifs ceux dont le droit tient compte par rapport à ceux qui lui sont indifférents.

Au fond, que sont les méthodes d'analyse distinguant des éléments spéciaux dans les actes juridi-

ques ? On peut les comparer à des projecteurs éclairant d'un puissant faisceau lumineux certaines zones de l'acte de volonté, et indiquant ce qui juridiquement importe dans cette complexité confuse. C'est à une dissociation semblable que s'emploiera — de son point de vue propre — toute discipline ayant à connaître de faits mentaux, qu'il s'agisse de la morale, de l'économie politique, de la sociologie, ou qu'il s'agisse simplement de l'activité pratique.

C'est à ce rôle, immense d'ailleurs, qu'il faut ramener la théorie du but dans l'acte juridique. Encore une fois, elle n'est pas une donnée brute de la vie mentale; elle est purement et simplement une vue rationnelle et juridique sur l'activité mentale. Elle nous semble avoir pour rôle essentiel de permettre de saisir la finalité de l'acte juridique, pièce de l'organisation juridique. Mais dans ce rôle, elle peut être doublée ou même supplantée sans que celà implique contradiction.

Nous avons vu que pour mille raisons que l'on peut grouper sous la rubrique de l'autonomie de la volonté, la finalité de l'acte juridique de droit privé est saisie dans son aspect essentiel par la théorie du but. Mais pour des raisons inverses, la finalité de l'acte de droit public tend à se traduire en outre dans un élément qui est la cause objective.

Est-ce à dire que l'acte de volonté créant un effet de droit privé soit psychologiquement autre que l'acte de volonté créant un effet de droit public ? Nullement. Est-ce à dire que la naissance de l'effet de droit s'explique autrement en droit privé qu'en droit public ? Pas davantage. La différence est que dans l'acte de droit public, il y aura lieu d'examiner l'acte à un point de vue qu'ignore le droit privé pour les raisons qu'on a dites. La notion de cause objective n'implique pas plus une différence psychologique entre l'acte de droit privé et l'acte de droit public, que l'existence de l'imprévision dans les contrats administratifs n'implique une théorie de la valeur

différente dans les deux branches respectives de la théorie juridique.

Ainsi, si l'on parle de dissymétrie entre l'acte de droit public et l'acte de droit privé, il faut savoir ce que l'on entend par là. L'on entend simplement que la finalité de l'acte se contrôle en droit privé par une analyse subjective, alors qu'en droit public le contrôle est à la fois objectif et subjectif.

D'ailleurs, l'opposition qui semble exister entre la cause objective et le but subjectif est limitée en droit public par la nature même des choses. Ce sont deux points de vue sur une même chose : la finalité d'intérêt public, et ils doivent bien se rejoindre par quelque point. Il ne faut pas oublier qu'en droit privé la théorie de la cause s'est orientée un certain temps dans un sens objectif, précisément dans la mesure où la finalité des actes de droit privé était définie et catégorisée. Dans la théorie classique de la cause contre-prestation, ce qui est saisi, c'est l'aspect économique de l'acte, c'est le rôle de chaque catégorie de contrats dans la vie de la production et des échanges.

On a vu que les actes de droit public peuvent être souvent examinés des deux points de vue de la cause et du but, et que même un contrôle complet de l'acte comporte cette dualité. C'est la preuve que l'acte est un tout et que cause et but sont deux procédés différents, laissant intacte l'unité de cet acte. Ne revenons pas sur ce point déjà vu, mais pour terminer, faisons simplement remarquer quelle est la fonction spécifique de chacun de ces procédés dans la mise en œuvre de la directive de finalité. On l'a déjà indiqué lorsque l'on a dit que le but apparaît comme le moyen spécifique de limiter le pouvoir discrétionnaire.

Il semble que l'on puisse aller plus loin, et assigner à la théorie de la cause et à celle du but un domaine respectif d'application ainsi défini : c'est dans la cause objective que s'appréhende la conformité de l'acte aux règles de droit précises et objectives; c'est dans

le but subjectif que s'appréhende l'esprit de l'acte et sa conformité aux exigences de la moralité administrative.

Il faudrait ici reprendre les vues très fécondes que le doyen Hauriou a émises en traitant de « la police juridique et le fond du droit ». A l'opposition qu'établit le savant Doyen entre les directives, moyens d'auto-limitation, et les règles de droit proprement dites, il ajoute que par la vertu du temps toute directive tend à s'extérioriser et à s'incorporer à la règle de droit. Le droit administratif en fournirait mille exemples : il s'agit d'un mouvement qui coïncide à peu près avec celui de la transformation des directives de finalité en règles relatives aux antécédents objectifs des actes. Or, tôt ou tard, une directive qui s'applique fréquemment se fragmente, se précise, se définit et perd peu à peu le caractère auto-limitatif qu'elle avait tout d'abord. Le souvenir de ses origines se perd et elle participe au caractère objectif de la règle de droit dont elle fait peu à peu partie.

Pourtant, il est une catégorie de directives qui ne peuvent opérer pareille transformation parce que leur nature est de ne pouvoir être solidifiées : ce sont les directives de moralité proprement dites. Entendons-nous : le dynamisme originaire de la directive est toujours puisé dans un sentiment de la moralité. Dans le langage d'Hauriou, auquel nous nous référons en ce moment, et qui est d'ailleurs assez différent de la terminologie anglo-saxonne (17), la directive constitue un effort d'auto-limitation, et toute auto-limitation puise par nature sa force dans un sentiment de moralité. Mais de ces règles ainsi nées, beaucoup ne répugnent pas par nature à une traduction juridique ; en ce cas, c'est plutôt un oubli du législateur que son impuissance foncière que répare la directive jurisprudentielle. Il est, pourtant d'autres cas où la directive morale par son origine, l'est aussi par sa nature.

(17) Cf. *supra*, p. 180.

Le standard de rationnalité, adopté par la jurisprudence anglaise en matière de restrictions contractuelles à la liberté du travail, est par essence une règle de moralité, parce que la restriction rationnelle ne peut guère se définir que par une confrontation de divers principes sociaux et moraux. De la même façon, l'idée d'un usage « normal » du pouvoir discrétionnaire, « l'esprit » d'un acte administratif sont essentiellement des notions morales. C'est à partir d'une distinction peut-être irrationnelle, ou mieux suprarationnelle, entre le bien et le mal, qu'elles peuvent être mises en œuvre. Or, suivant une remarque faite plus haut, la moralité ne peut s'apprécier que subjectivement. Le but de l'acte, le but subjectif prend donc sa valeur essentielle et irremplaçable lorsqu'il permet le contrôle de la moralité de l'acte.

Ceci rejoint les remarques faites plus haut sur le rlôe de la théorie du but conçue comme limite à l'existence du pouvoir discrétionnaire. Dans son domaine d'action propre et qui est par définition à l'abri des règles de droit externes, celui-ci appelle une limitation, malgré tout. La conscience juridique exige que son « esprit » soit correct et ceci est une exigence properement morale. C'est aussi à la lueur de principes moraux que l'acte va être contrôlé sur ce point.

Cette remarque se vérifie également par l'idée d'Hauriou relative à l'opposition de l'illégalité et de l'excès du pouvoir proprement dit, Hauriou note une fois de plus dans « *Police juridique et fond du droit* », l'originalité propre du détournement de pouvoir (18) : « Cependant, l'ouverture du détournement de pouvoir, écrit-il, a pratiquement résisté à l'assimilation (19), il était difficile de la confondre avec la violation de la loi; puisque, par définition, c'est une ouverture qui fonctionne quand aucune des trois autres n'est invocable dans l'espèce. Il y a donc maintenant, dans

(18) HAURIOU, *Police juridique et fond du droit,* dans *Aux sources du droit,* pp. 147 à 191.

(19) C'est-à-dire à l'assimilation à l'illégalité.

les ouvertures à recours, deux *pôles d'attraction :* d'une part, la violation de la loi qui représente la suprématie de la règle de droit, la limitation du pouvoir administratif par un pouvoir extérieur, ce qu'on peut appeler *l'hétéro-limitation;* d'autre part, le détournement de pouvoir qui représente la survivance du vieux principe de l'*auto-limitation* du pouvoir administratif et qui suppose la violation non pas de règles de droit établies, mais de simples directives de la bonne administration ». Et Hauriou ajoute un peu plus loin ceci qui vient corroborer ce qui a été dit plus haut touchant le mouvement de concrétisation des directives : « Le fond du droit (par opposition à la police juridique) a marqué une avance considérable dans le bond qu'a fait l'ouverture de la violation de la loi. Cette avance est dans le sens de l'évolution qui *veut que le fond du droit se nourrisse au détriment de la police juridique* à mesure que se *stabilisent* les directives de celle-ci. »

Voilà expliqué de façon admirable l'intégration incessante des directives à la légalité. Mais cette intégration est définie : « Il est également conforme à l'évolution que la couche de police juridique se reconstitue dans de nouvelles matières, avec ses directives souples et mobiles, et c'est pourquoi l'ouverture du détournement de pouvoir se maintiendra avec son caractère traditionnel, car elle fait pénétrer le contrôle du juge dans une région mouvante, celle des motifs des décisions administratives *où l'application des règles de droit préétablies et rigides paraît bien impossible.* »

Nous ne saurions mieux conclure l'examen de la question que nous traitons que par une paraphrase de ces idées. Il y a unité de l'acte administratif; mais pour des raisons diverses il comporte un contrôle double au point de vue de sa correction : contrôle de la légalité par le procédé de la cause objective et l'ouverture de la violation de la loi; contrôle de la moralité par le but subjectif et le détournement de

pouvoir. D'ailleurs, cette dualité se résorbe dans la notion de l'intérêt public, notion changeante et relative qui est en partie une « création continue » à laquelle collaborent le législateur, le public et l'Administration elle-même.

Cette notion originaire de l'intérêt public se concrétise suivant deux pôles d'attraction opposés.

D'une part, elle donne naissance à des règles de droit en lesquelles elle se condense et ce « cristallise », règles ayant trait à la définition de la cause objective des actes et visant à introduire un certain automatisme dans l'action administrative.

D'autre part, elle donne naissance à des directives de moralité valables pour la région du but subjectif des actes, irremplaçables en ce qu'elles viennent limiter ou mieux « guider » le pouvoir discrétionnaire dans un domaine où la règle de droit objective est sans action.

Il se produit d'ailleurs un mouvement incessant de transmutation des directives de but en lois de causalité objective.

Mais le fond des directives est inépuisable, sans cesse renouvelé; au surplus, il est des règles de moralité intraduisibles en règles de droit précises, qui ne peuvent viser que le for interne des individus : elles sont la source permanente des directives et de leur transformation en règles de droit mais dans leur forme originelle, très simple, et qui est au fond celle de la distinction du bien et du mal, elles forment le fond permanent de ce que Hauriou appelle la « police juridique »; elles exigent que tout acte soit examiné du point de vue de ses intentions, c'est-à-dire de sa moralité. Elles nous rappellent au fond que l'acte juridique est œuvre humaine et que comme tel il est soumis aux exigences de la morale à laquelle « rien d'humain n'est étranger ».

Section IV

L'intérêt public est-il la cause unique des actes administratifs ?

Au terme de ces constatations, on en revient tout naturellement à une question déjà rencontrée. Ayant dû admettre que la notion d'intérêt public imprègne tout le droit administratif, ne peut-on synthétiser cette remarque en disant que les actes administratifs ont leur cause dans l'intérêt public ? On se rappelle que c'est la théorie mise en avant par divers auteurs italiens, dont M. Bodda et par M. Belin dans sa thèse (20). Il faut aborder cette question.

D'abord, comment entendre l'intérêt public ? Faut-il voir dans l'intérêt public *lato sensu* la cause de tous les actes administratifs ? Il semble bien que ce ne puisse être guère que par métaphore et en prenant la cause dans un sens plus métaphysique que juridique. Au surplus, cette iidée n'a jamais été soutenue telle quelle. Les auteurs italiens parlent d'un but d'intérêt public *concret,* d'un aspect particulier de l'intérêt public qui serait la cause d'une catégorie d'actes donnée : l'intérêt de la discipline pour la mesure disciplinaire, le fonctionnement du service pour les nominations, le maintien de l'ordre pour les mesures de police.

Entendue dans ce sens la théorie de la cause d'intérêt public n'est pas fausse, mais elle est incomplète. En effet, elle tend à établir une relation entre certaines nécessités objectives, et les actes et en cela elle est dans la vérité. Mais elle est incomplète en ce qu'elle ne conçoit pas que ces relations puissent s'organiser autrement que par le moyen du but. Or — et l'on a insisté longuement sur ce point plus haut — la relation entre l'acte et les buts d'intérêt public ne s'apprécie pas du point de vue subjectif du but, ou plutôt ce n'est que partiellement. La définition des buts

(20) Cf. *supra,* 2e partie, ch. III.

concrets d'intérêt public aboutit à définir des situations objectives auxquelles doivent objectivement correspondre les actes. Suivant l'idée émise en tête de ce chapitre, la finalité ne se traduit pas fatalement et uniquement par des règles de but; elle a une traduction extra-psychologique dans ce que la doctrine italienne appelle les « éléments présupposés de l'acte ». Ces éléments présupposés sont une traduction de la finalité d'intérêt public. Si l'intérêt public est la cause des actes administratifs, cette cause est autant dans les nécessités objectives que dans le but subjectif de l'agent. Tout ce qui a été dit contre les idées de Duguit vaut contre cette théorie du but concret d'intérêt public. Ses partisans sont victimes d'une idée a priori née de l'étude du droit privé; à savoir que le but concentre en lui toute la finalité de l'acte juridique.

Il est vrai que, en ce cas, une autre solution semble possible et c'est celle que très habilement propose M. Belin, éclairé par la jurisprudence française qui n'identifie nullement cause et but. On admettra que la cause revêt deux aspects en droit administratif. Suivant que le motif est on non « projeté » dans l'avenir, l'intérêt public apparaîtra comme la cause finale ou la cause efficiente de l'acte.

Cette théorie est essentiellement conciliatrice : elle fait sa place à l'idée que la cause juridique, c'est toujours le but; d'autre part, elle tient compte des données de la jurisprudence administrative. Enfin, elle résorbe ces deux aspects opposés de la cause dans l'unité de la notion d'intérêt public.

Ces avantages sont aussi d'ailleurs sa faiblesse. M. Belin n'a pas pu résister à la force du vocabulaire de droit privé qui confond cause et but. Il est parti de l'idée d'une unité « conceptuelle » de la cause, c'est-à-dire d'une unité faite d'un contenu permanent; il s'est refusé à examiner — ce que nous allons faire dans le prochain chapitre — le point de savoir si l'unité et le fond de la notion de cause ne seraient pas plutôt de nature fonctionnelle, si la cause ne serait pas

plus une « fonction juridique une », qu'un concept un. Il se refuse à « concevoir une théorie de la cause en droit public sans considérer à côté de la cause efficiente la notion si importante de cause finale ». Et ici aussi persiste l'idée que toute finalité ne peut se traduire qu'en règles psychologiques de but.

D'ailleurs, la ligne de démarcation que la jurisprudence trace entre la cause et le but n'a pas été aperçue par l'auteur. Il n'a pas vu que, de ce qu'il appelle la cause efficiente et que nous appelons simplement la cause à ce qu'il appelle la cause finale et que nous appelons but, la distance était celle de l'objectif au subjectif.

M. Belin présente la cause efficiente comme un motif au sens où l'entend par exemple la jurisprudence civile. Il voit dans l'équivalence du droit privé la cause efficiente des contrats synallagmatiques, et c'est à une cause de même nature qu'il assimile la cause efficiente du droit public. Or l'on sait que l'équivalence est en droit privé une notion dérivée du système de l'autonomie de la volonté et donc subjective dans ses racines. Au contraire, la cause du droit public s'appréhende dans la réalité objective; son absence constitue tout autre chose qu'une sorte de vice de la volonté; elle affecte l'acte d'une manière quasi-physique.

Quand on parle de la cause efficiente et de la cause finale, il faut donc savoir que l'on ne traite pas de deux notions juridiques séparées par des différences secondaires. En réalité, ce que la jurisprudence appelle la cause ce sont certaines nécessités objectives d'intérêt public; et ce qu'elle appelle le but, c'est une certaine *coloration* de l'acte, et suivant une expression mathématique, *à la limite*, c'est son « esprit » envisagé du point de vue de la moralité.

Sans doute, la notion d'intérêt public assure-t-elle l'unité de ces deux aspects de l'acte administratif; mais leur différence de structure semble telle qu'il y a intérêt à marquer leur distance par le vocabulaire

même de la jurisprudence, et à réserver le nom de cause objective à cette traduction de l'intérêt public faite par la loi objective qui impose à l'acte un fondement défini dans la réalité des choses.

Entre la cause « efficiente » et la cause « finale » il y a plus que la distance de deux modalités de la causalité; il y a la différence qui existe entre deux systèmes de références : les contraintes nées de la réalité objective, et la liberté intelligente du sujet de droit, éléments que doit combiner l'acte administratif, à la lumière de l'intérêt public.

Mais alors, par un retour de la pensée à sa première conception, ne peut-on dire que finalement la cause c'est l'intérêt public ? On a vu déjà qu'il y a là un sens plus métaphysique que juridique. Tout le droit administratif est bâti sur la notion d'intérêt public : l'organisation administrative, les règles de compétence comme celles de forme ont pour base l'intérêt public. M. Roques l'avait nettement aperçu lorsqu'il voyait dans le contrôle de la constitutionnalité des lois (21) une application de la théorie de la cause.

La notion de cause s'évanouit dans pareille conception; et elle est au surplus inutile. L'intérêt public est peut-être la base de toute la vie administrative; mais, partout où il a été concrétisé et défini il n'a plus un rôle actif. La délivrance d'un permis de chasse a bien pour base l'intérêt public, mais celui-ci n'est plus que le principe de l'acte, et c'est par un tout autre biais que s'effectuera le contrôle de sa validité. Il y a intérêt évidemment à connaître l'origine et le fondement des règles concrètes qui organisent la vie juridique, mais celles-ci gardent une valeur propre qui est faite de leur certitude, de leur précson, et aussi du fait que les principes généraux, fondamentaux dans la théorie, ne sont dans la technique des procédés supplétifs.

La cause, ce ne peut donc être sous peine d'inutilité l'intérêt public pur et simple. Ce doit être un certain

(21) Thèse précitée, p. 181.

point de vue d'intérêt public sur l'acte, ce qui est tout autre chose. C'est une situation objective, en tant qu'elle renferme certaines nécessités d'intérêt public, unies à l'acte par une relation définie par la règle de droit. Comme la théorie de la compétence ou des formes, la théorie de la cause est en relation avec la notion d'intérêt public : elle n'est pas cette notion.

CHAPITRE II

L'unité fondamentale de la notion de cause.

Tout en soulignant le polymorphisme de la notion de cause et la variété de ses aspects, les auteurs ont souvent tenté d'en dégager un élément permanent qui assurerait son unité fondamentale. M. Capitant, identifiant cause et but, pense, à travers les définitions variées du but, assurer la synthèse des diverses notions de la cause; M. Josserand assigne comme fonction fondamentale à la cause de grouper tous les éléments subjectifs de l'acte, tout ce qui se rapporte au « moi » du sujet par opposition au monde extérieur; M. Louis-Lucas, en revanche, fait de la cause l'élément matériel de l'obligation (1).

L'unité de la notion de cause est, on le voit, fort difficile à découvrir. Elle l'est encore bien davantage si l'on pose le problème non plus par rapport aux diverses conceptions du droit privé, mais encore par rapport à ce que nous croyons être la théorie de la cause en droit administratif.
Il faut trouver une formule valable à la fois pour la cause subjective et psychologique du droit privé et la cause objective du droit public.

Devant des conceptions aussi divergentes, ne doit-on pas croire tout au moins à un dualisme radical de la notion de cause, dissimulé sous une unité de vocabulaire trompeuse ? Nous ne le croyons pas. Sans nous

(1) V. *supra*, Introduction à la 3e partie.

dissimuler les difficultés de cette tâche, nous voudrions suggérer une explication qui rendrait à la cause son unité.

Cette explication on la trouve déjà dans divers ouvrages de droit civil, notamment celui de M. Maury: elle consiste à définir la cause comme la « justification » des obligations.

Il nous a paru que, pour retrouver cette conclusion, une voie était particulièrement intéressante et suggestive : c'est celle qu'indique le langage lui-même, qui se sert pour désigner la notion juridique que nous étudions du mot de cause, dont le sens est très général et évoque une des notions fondamentales de la connaissance. Il peut être intéressant de rechercher dans quelle mesure la cause juridique n'est pas elle-même reliée aux lois de notre vie mentale.

Ceci nous amène à formuler sinon une conclusion, du moins une hypothèse : la cause serait une « forme » de l'intelligence juridique; comme elle est une « forme » de l'intelligence scientifique. En tant que concept, elle a un contenu variable; mais comme *fonction* elle présente une permanence certaine : elle assure la conformité des obligations aux exigences de la conscience des individus vivant en société, et particulièrement leur correspondance à la justice.

Section I

La causalité juridique.

Il serait assurément d'une mauvaise méthode de conclure des vocables aux idées. De ce que, sous le mot de cause, on désigne des concepts d'ordre scientifique, d'ordre physique, d'ordre juridique, il serait prématuré de conclure à une notion unique et identique dans ces divers ordres. Aussi, nous garderons-nous de le faire.

On ne peut cependant s'empêcher de remarquer que la notion de cause entendue dans un sens général

est un concept d'un autre ordre que les concepts ordinaires qui peuplent notre esprit.

Voici bien longtemps que les philosophes ont remarqué que certaines idées sont primordiales en nous, par exemple, les idées d'être, de substance, et également l'idée de cause. C'est, qu'en effet, ces idées semblent être moins le contenu contingent de notre pensée que les conditions mêmes de celle-ci. Le particularisme de ces « principes premiers », principe d'identité, principe de causalité, etc., est apparu même comme tellement frappant à certains philosophes, qu'ils ont voulu expliquer la différence de nature qui séparent ces principes des autres concepts par une différence d'origine. Pour la philosophie innéiste qui réunit sous un vocable commode des noms aussi divers que ceux de Descartes, de Leibniz ou de Kant, ces principes premiers constituent de véritables « formes mentales », des catégories rationnelles; leur ensemble s'identifie avec la Raison elle-même. Ils ne sont pas comme les autres concepts le fruit de la réflexion rationnelle exercée sur l'expérience sensible; ils lui sont antérieurs et sont véritablement *innés* à notre esprit.

Si l'on invoque ici la vieille querelle des innéistes et des empiristes, ce n'est certes pas pour prendre parti, mais simplement pour montrer combien le caractère primordiale de ces concepts a de tous temps frappé la pensée humaine.

Quelle que soit leur origine, d'ailleurs, innés et inhérents à notre constitution mentale ou imprimés en nous comme lois essentielles de la Nature par l'expérience, il faut reconnaître qu'ils constituent de véritables « formes » mentales, et que l'on ne saurait penser sans eux, ni surtout contre eux. Une pensée vidée du principe que « A est A », par exemple, ne peut se concevoir que dans la mesure où poser le contraire de quelque chose est le penser, dans la mesure où par exemple nous pensons l'idée de Néant (2). De la même façon, nous pouvons bien poser

(2) Cf. Bergson, *Evolution créatrice.*

un univers délivré du principe de causalité, mais quelle sera la consistance de l'idée ainsi née ? Cette dernière ne représentera qu'une pure négation de notre constitution mentale. Au principe : « Tout phénomène a une cause », nous opposerons le principe : « Les phénomènes n'ont pas de cause ». Mais véritablement, qui n'aperçoit le caractère purement verbal de la seconde proposition, proposition qui pour signifier quelque chose a d'abord besoin d'être opposée à la proposition contraire, et d'être ainsi éclairée par elle? Nous aurons affecté d'un signe négatif le principe de causalité; nous n'aurons pas pensé un monde soustrait au principe de causalité. Dans les efforts faits pour penser ce monde, nous en sommes réduits à penser d'abord un monde normal, puis à nier ce monde normal, ce qui est très différent de la conception d'un univers nouveau. Ainsi, le principe de causalité et la notion de cause s'imposent à nous comme des éléments essentiels de toute conception réelle.

Laissons de côté pour un instant la question de savoir quel est le contenu exact du principe de causalité, et essayons plutôt de tirer les conséquences des caractéristiques que nous venons de dégager. S'imposant à nous avec autant de force, étant une des lois mêmes de notres constitution mentale, et quelle que soit par ailleurs son origine, ce principe va s'appliquer non seulement aux phénomènes du monde physique, mais encore à tous les objets possibles de notre pensée. De même que toute conception mentale devra se soumettre à la règle que « A est A », de même devra-t-elle se plier au principe de causalité. Ceci pour indiquer que, quelle que soit la nature des phénomènes juridiques, ce principe va leur être applicable, *parce que son application est la condition même à laquelle ils pourront être pensés.* Que le fait juridique donc soit de nature sociale ou psychologique, qu'il appartienne à un ordre entièrement en dehors de la nature (comme semble le penser M. Kelsen), le principe de causalité va le régir.

Ici, il convient de noter que nous ne sommes pas dupe d'un mirage verbal. Entre le concept technique de la cause juridique et la cause physique, nous n'établissons aucune identité. Mais l'on peut se demander si, sans être identiques, la cause juridique et la cause du monde physique ou mental ne remplissent pas, chacune dans sa sphère, une *fonction* constante dans tous les ordres de pensée : la fonction qui consiste à satisfaire au principe de causalité.

Tel est le problème qu'il convient de se poser.

Il est vrai qu'il faut d'abord savoir quel est le contenu du principe de causalité. Envisageons-le sous son aspect le plus compréhensif et indépendamment des discussions métaphysiques sur la nature de la causalité. Eliminons intentionnellement l'idée de production d'un phénomène par un autre qui renferme incontestablement un sens métaphysique. Eliminons de même la définition de « l'antécédent nécessaire et suffisant » qui a le tort de ne valoir que pour le monde physique et de ne pas faire sa place à l'idée de finalité. Ramenons en un mot le principe à son aspect le plus général de « forme mentale ». Il nous apparaît essentiellement comme une loi de liaison entre les phénomènes; peut-être même, sa fonction est-elle d'assurer l'unité de notre vie mentale.

Mais laissons de côté cette dernière hypothèse. Procédons par une méthode qui est souvent efficace, essayons non pas de penser le principe, mais son contraire. Nous avons vu qu'il n'y a là qu'un fantôme de vraie pensée; mais précisément, on met ainsi en relief l'essence de la proposition que l'on essaie de nier.

Qu'est-ce donc qu'un monde qui serait délivré de la causalité ? Notre imagination essaie de se représenter un univers où les phénomènes apparaîtraient *spontanément*, naissant du néant, s'anéantissant sans laisser de traces, et dans une rigoureuse indépendance les uns à l'égard des autres. Allons plus loin : le concept même de phénomène disparaît, puisque dans un univers en incessante transformation, ce qui fait l'unité du phénomène A B, c'est qu'il y a une liaison

causale de A à B. Entre deux phases successives de ce que dans un univers normal, nous appelons un phénomène, aucun lien n'existerait plus. En réalité, nous ne pouvons pas penser cet univers sans causalité. Ce que nous pensons, ce sont des portions d'univers normal entre lesquelles nous intercalons des coupures, des « failles » arbitraires destinées à nous donner l'illusion de la suppression de la causalité. Mais ce qui fait l'unité d'un phénomène dans un univers en mouvement, c'est que l'identité du phénomène dans son état B, par rapport à son état A, n'est pensable qu'à l'aide de la causalité, A étant supposé cause de B. Le caractère essentiel du principe de causalité, c'est qu'il établit un lien entre la succession de nos représentations ou de nos états de conscience. Alors que le principe d'identité est un principe de distinction, le principe de causalité est un principe de liaison.

Essayons d'appliquer cette notion très générale au monde juridique. Sous sa forme la plus vaste, on peut admettre que ce principe se formule ainsi :

« Aucun phénomène juridique n'a d'existence par lui-même. Tout phénomène juridique doit se relier à « quelque chose » distinct de lui-même qui le fonde et l'explique.

Remarquons maintenant — et ceci a une importance capitale — que le phénomène juridique se dédouble, qu'il existe sur deux plans différents. Il existe tout d'abord à l'état de phénomène physique ou psychologique sur le plan du monde naturel. Un contrat, c'est, indépendamment de toute signification juridique, un certain déroulement de faits physiques ou psychologiques. Que, à cette partie entièrement « a-juridique » du phénomène de droit, les lois de la causalité du monde naturel s'appliquent, voilà qui est normal, et au surplus peu intéressant pour nous. Ce qu'il faut étudier c'est comment le principe de causalité régit notre phénomène en ce qu'il a de spécifiquement juridique.

Or, l'essence juridique du phénomène de droit est évidemment concentrée dans cet élément irréductible et très discuté qu'est *l'obligation*, le Sollen. Ce qui est spécifique dans la loi, comme dans le contrat, c'est l'existence d'une obligation s'imposant à l'activité de l'individu. La causalité — en ce qu'elle doit avoir de juridique — sera donc une explication de ce que le phénomène de droit a d'obligatoire. Ce sera en même temps une explication spécifique et distincte de la causalité ordinaire.

Ce que l'on peut dire a priori, en vertu du principe dégagé plus haut, c'est qu'une obligation n'a pas d'existence juridique par elle-même, de même qu'elle n'a pas d'existence naturelle par elle-même. Elle doit se rattacher à « autre chose » pour avoir une existence en tant que phénomène de droit. Or ceci est vrai dans les différentes régions du droit : au sommet, ce principe pose le problème de l'origine et de la valeur du droit. Le problème fondamental du droit, c'est le problème de la « cause » du système juridique, comme le problème fondamental de la philosophie est un problème de la « cause » du système de l'univers. Ceci apparaît nettement dans la théorie de M. Kelsen, où l'on voit la « norme hypothétique fondamentale » être posée ou plutôt supposée comme principe générateur du système juridique.

Mais à descendre dans le détail du phénomène juridique, le principe de causalité, fondamental à notre constitution intellectuelle ne perd pas ses droits. La nécessité d'une explication en existence et en valeur fondée sur un élément extérieur à lui-même apparaît pour la plus humble obligation comme pour le plus vaste principe.

Voilà tout ce que l'on peut constater a priori : c'est que l'élément spécifiquement juridique du phénomène de droit ne peut exister et valoir spontanément. Ici encore le principe de causalité apparaît comme un facteur de « liaison ».

Avant d'entrer dans une discussion concrète, ne peut-on préciser le caractère de cette causalité spécifiquement juridique dont la nécessité s'impose.

Principe de synthèse ou de liaison, disons-nous, mais de quel ordre est le lien ainsi établi ?

Il va revêtir un caractère adéquat à la matière à laquelle il s'applique et c'est pour cela que nous avons dès le début écarté les définitions trop étroites du principe de causalité qui ont le tort de ne valoir que pour le domaine physique. Dans l'ordre physique, la causalité se présente comme une loi de production. Il est vrai que les méthodes scientifiques ont voulu épurer cette notion des derniers « miasmes » de métaphysique qu'elle risquait de recéler. A la loi de production est substituée une loi de simple succession : « La cause est l'antécédent nécessaire et suffisant. « Mais ceci ne nous empêche pas de reprendre l'idée de la production, en lui donnant le sens vulgaire que la science elle-même utilise, le sens qu'a ce concept quand on dit, par exemple, que le feu produit la chaleur.

Il suffit ici, en dehors de toute discussion philosophique de marquer ce que la causalité juridique a d'original. Au lieu de se présenter comme la nécessité d'un lien dans l'ordre de la « production », elle a un caractère « justificatif ». C'est sur le plan de la valeur et non sur celui de l'existence matérielle que le débat est porté, lorsque l'on envisage l'application de la causalité à la partie proprement juridique du phénomène de droit. Pourquoi le système juridique, pourquoi telle obligation juridique « valent-ils » contre nos intérêts individuels, parfois contraires ?

Dans le monde physique où les lois sont bien plutôt soumises aux faits que les faits aux lois, puisque les lois scientifiques peuvent avoir tort et non les faits, le pourquoi rationnel appelle un jugement sur l'existence, non sur la valeur. Mais dans le monde juridique, où les normes doivent gouverner les faits, c'est au premier chef un problème de valeur qui se pose : plan de la justification et non plan de la production.

Sans doute, si l'on veut, la valeur est-elle « produite », mais la production d'une valeur en tant que valeur, c'est essentiellement sa justification.

Ainsi la traduction de la causalité dans le monde juridique se présenterait-elle comme un problème de justification du phénomène juridique...

Peut-être accusera-t-on ces développements de porter sur d'inutiles abstractions. Cependant, nous croyons à leur importance. Il faut mettre en lumière une « constante » de notre constitution mentale : le principe de causalité entendu au sens très vaste de principe de coordination et de synthèse de notre vie intellectuelle. Comme tout autre objet de pensée, le droit lui est soumis. Mais pour le phénomène juridique, en tant que juridique, l'idée de la causalité « productive » s'efface au bénéfice de l'idée de justification, qui est la forme de la causalité appliquée à un système de normes. Telle est en résumé notre position.

Ainsi, peut-être, n'y aurait-il pas dans le terme de « cause » une terminologie sans signification. Nous aurions voulu montrer dans les développements qui précèdent la fonction que l'on peut attribuer à la notion de cause dans l'ordre juridique : elle aurait pour rôle de satisfaire à une nécessité constante de notre vie mentale. Il faut noter aussi la transformation du contenu de la notion générale de la cause lorsqu'elle est appliquée au Droit juridique. Le pourquoi auquel répond l'idée de cause n'est pas le pourquoi du monde physique: il n'interroge pas sur ce qui a produit le phénomène, mais sur ce qui le justifie.

C'est ce concept de la justification qu'il nous reste à examiner et à préciser.

Section II

Le problème de la « justification ».

Le problème de la justification n'est pas simple. En effet, poser la question de savoir ce qu'est la justification en notre matière, c'est dans une certaine mesure poser le problème du fondement du droit. Ainsi, se demander ce qui justifie la valeur juridique du phénomène de droit, c'est — si l'on dédaigne les causes secondes — remonter au problème de la justification de la norme juridique. Le problème a été nié et pourtant il semble être inséparable de la réflexion sur les normes sociales, ce qui ne veut pas dire que les solutions qu'on en donne soient toutes satisfaisantes et conciliables entre elles. Ne peut-on essayer d'éluder ce problème compliqué et essayer de donner une réponse à la question que nous pensons, en le laissant de côté ? On peut être tenté de le croire, mais on va voir dans quelle mesure.

Comme beaucoup d'autres sciences, la science juridique use d'un certain cloisonnement, qui permet, tout en laissant en suspens les problèmes fondamentaux, de résoudre quantité de problèmes théoriques ou pratiques. De même que l'ignorance de la constitution profonde de la matière n'empêche pas la physique et la chimie d'exister en tant que sciences; de même les débats sur l'origine et la valeur de la règle de droit n'empêchent pas le droit d'exister en tant que science. C'est, sans doute, une position absurde si l'on assigne comme but à la connaissance scientifique de nous présenter un tableau de la nature dans lequel les phénomènes se déduisent des lois, et les lois de lois plus générales, pour arriver enfin à une grande loi fondamentale. Cette position est toutefois la condition de notre action pratique qui est le but immédiat de la science : Primo vivere. ..

Ainsi, supposons la norme juridique fondée et justifiée. En ce cas, le problème de la justification de tel phénomène juridique (un contrat ou un règlement par

exemple) est résolu par la question même : il possède une valeur juridique, parce qu'il est conforme à la règle de droit. La cause de sa valeur, ce serait en somme sa conformité au droit. Explication qui a bien l'air d'une tautologie, et qui, en tous cas, ne semble pas fertile en déductions.

L'application au droit du principe de causalité sous sa forme justificative aboutirait ainsi à poser deux questions : l'une, celle du fondement du droit, qui est le problème le plus débattu, partant le plus difficile qui soit, l'autre celle de la valeur juridique d'un phénomène à l'intérieur d'un système juridique, qui se résout par une sorte d'évidence grossière. Dans le premier cas, la notion de cause est nébuleuse (il s'agit au fond de la Cause première du Droit) ; dans le second, elle n'est vraiment pas indispensable pour exprimer que la valeur juridique, c'est la conformité à la règle de droit. Dans ce cas, ne conviendrait-il pas de restituer à la cause son vrai caractère, celui d'une technique née dans le commerce de droit privé et sans lien avec le grand principe que nous avions dégagé ? Arrivé à ce point du raisonnement, on peut être tenté de le croire.

Cependant, à la réflexion, il n'apparaît pas que l'idée de justification conduise fatalement à ce dilemme. C'est, en effet, par un effort de l'esprit que l'on « coupe », que l'on sépare le problème du fondement d'un phénomène juridique en particulier et celui du fondement du système juridique tout entier.

Il faut, pour satisfaire aux exigences pratiques du Droit et pour faire œuvre positive, pouvoir laisser en suspens, dans le raisonnement, le problème du fondement du droit pour se placer à l'intérieur du système juridique. C'est une position méthodologique.

Mais les points de contact et les interférences entre les deux problèmes — problème du système, problème du phénomène — sont plus nombreux que ne le laisse supposer ce mode de raisonnement. En réa-

lité, le problème de la valeur du phénomène juridique, ou en d'autres termes celui de sa force obligatoire ne se résout pas par une simple référence à la règle de droit, celle-ci étant supposée fondée une fois pour toutes en vertu de tels principes qu'il plaira.

Si la valeur de certains phénomènes de droit est susceptible de comporter une justification, autre que celle de la conformité formelle aux règles positives, le problème de la cause tel que nous l'avions posé plus haut, en liaison avec les lois rationnelles reprend un intérêt puissant. Pour l'instant, nous disions que le problème de la justification de l'obligation juridique n'est pas entièrement résolu par le simple appel à l'idée de la régularité formelle.

L'exemple-type de la position contraire que nous croyons fausse est la construction kelsenienne (3). La théorie pure du Droit consiste à faire du système juridique un vase clos. Les normes sont conçues suivant une hiérarchie, chaque norme trouvant son fondement et sa justification dans la norme immdéiatement supérieure: le contrat puise sa force dans la loi, la loi dans la constitution. Le système, dans son ensemble, est à son tour fondé sur la norme hypothétique fondamentale qui sert de support au droit dans son entier, et qui, vraisemblablement doit assurer la tâche — à vrai dire difficile — de ramener cette construction idéologique dans notre univers réel. Cette irréalité

---

(3) Indépendamment des ouvrages en langue allemande, cf. pour la connaissance des théories kelseniennes :

Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, *Rev. Dr. Public*, 1926.

Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Rec. des Cours de l'Académie de Droit international*, 1926, t. XIV, pp. 231-331.

La garantie juridictionnelle de la Constitution, *Rev. Dr. Public*, 1928.

On trouvera des exposés de la doctrne kelsenienne dans :

Maury, Observations sur les idées du Professeur H. Kelsen, *Rev. crit.*, 1929.

Capitant (R.), L'impératif juridique, *Th. Paris*, 1928.

Cayret, Le procès de l'individualisme juridique, *Th. Toulouse*, 1932.

Parmi les disciples de Kelsen, cf. Verdross, *Le fondement du droit international*, même recueil, 1927, XVI, pp. 251-323.

que M. Kelsen appelle « pureté » se manifeste par le fait même que rien de ce qui ancre solidement le droit à la réalité (notion du sujet de droit, de la personne morale) ne trouve sa place dans cette construction (4).

Comment concevoir dans un pareil système le problème de la justification ? Posé à l'intérieur du système, il se résout par le principe de la hiérarchie des normes; posé à l'égard du système tout entier, il y est répondu par la norme hypothétique fondamentale.

Mais précisément, ce qui est à notre sens un des plus important reproches que l'on puisse faire au système kelsenien c'est de vouloir traiter comme seul objet de science la norme juridique « en soi » indépendamment de tout ce qui lui confère sa réalité. Le vieil argument, toujours actuel utilisé contre le matérialisme métaphysique, vaut contre le système kelsenien. Au matérialiste on objecte que la matière, en laquelle il veut voir la seule réalité, cette matière dont la pensée ne serait qu'une manifestation (au même titre que la lumière ou l'électricité) cette matière n'est connue et n'a pour l'esprit d'existence que par la pensée. Au système kelsenien, on objectera qu'une norme juridique « en soi », qui serait autre chose qu'un objet actuel ou possible de pensée est un pur néant.

Aussi, peut-on considérer comme cohérente et valable en un certain sens l'explication hiérarchique de la force obligatoire du phénomène juridique, mais en un autre sens comme incomplète et irréelle.

---

(4) M. Maury (art. précité) donne des idées kelseniennes une critique très pénétrante. M. Maury fait remarquer le caractère fictif des délégations de compétence que cette théorie admet du droit international au droit interne et, de façon générale, entre les sources du droit (cf. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, etc., précité). De plus, la théorie kelsenienne ne peut arriver à séparer entièrement *efficacité* et *validité*, ce qui est un démenti à la théorie pure du droit. Enfin, et surtout, M. Maury s'élève contre le caractère d'*impératif hypothétique* (et non *catégorique*) que M. Kelsen assigne à la norme juridique et contre la séparation du droit de ses fondements idéaux, notamment de l'idée de justice.

Et voici pourquoi nous semble-t-il : C'est que, loin que le problème de la justification du système juridique se pose une fois pour toutes, loin que par ailleurs la justification de chaque norme ou obligation se déduise d'une conformité au droit hiérarchiquement supérieur, on peut dire que le problème de la justification se pose en somme pour chaque acte de la vie juridique, que ce soit de façon latente ou de façon apparente. Il faut, en effet, se rendre compte que le problème de la force obligatoire est complexe et ne se résout pas par une simple construction logique.

Sans doute, il est nécessaire de considérer la norme juridique et de montrer ses tenants et aboutissants logiques; il y a là une nécessité d'ordre scientifique certaine, et un procédé de contrôle de la valeur juridique. C'est en ce sens qu'une certaine hiérarchie des normes est indispensable au système juridique.

S'ensuit-il qu'une explication de la force obligatoire fondée uniquement sur le principe de hiérarchie absorbe toute la réalité juridique ? Non, car cette explication laisse en suspens un grand problème : celui de la force obligatoire d'une norme non plus « in abstracto », mais concrètement représentée par un sujet de droit. Et que l'on ne nous objecte pas que cette question n'est plus d'ordre juridique, mais d'ordre psychologique ou sociologique. Ce serait se faire du droit une idée extrêmement restrictive et au surplus arbitraire.

En effet, on peut dire que c'est cette dernière question qui est à la base de tout droit positif. La constitution d'un système hiérarchisé n'est qu'une mise en forme des phénomènes juridiques représentés dans l'esprit de l'individu vivant en société; sa valeur pour la connaissance et le développement du droit est indubitable, puisqu'elle tend à assurer l'ordre et la compréhension du droit, mais ce qui est certain c'est qu'elle ne crée pas le droit.

Par ailleurs, pourtant, la nécessité d'assurer une force obligatoire psychologique, et non pas seulement

logique aux obligations juridiques pèse sur tout le droit.

Ceci est proprement un phénomène juridique : pourquoi certaines normes hiérarchiquement régulières, formellement valables restent-elles en fait lettre-morte ? Pourquoi en certains cas voit-on naître des formes juridiques nouvelles dans la jurisprudence ou la coutume, pourquoi existe-t-il ce que l'on appelle la réaction de l'équité ? Certainement parce que la justification formelle, la justification hiérarchique, la justification logique est incomplète. Le problème de la force obligatoire du « phénomène » juridique se pose sur un autre terrain.

Eliminons toute une série d'hypothèses où l'on peut admettre que l'adhésion à la norme, la reconnaissance de sa force obligatoire sont presque exclusivement fondées sur sa conformité à la hiérarchie. C'est le cas du règlement de police qui, dit Hauriou « est de l'ordre pour l'ordre et non pas de l'ordre pour une fonction sociale plus haute à remplir » (5). Dans ce cas, même d'un point de vue purement psychologique, la règle tire tout l'essentiel de sa valeur d'une part de sa conformité à la loi, d'autre part du sentiment de la contrainte.

Mais à considérer l'ensemble de la vie juridique, les choses sont loin de se passer toujours ainsi. Ce que l'on remarque, c'est que la justification de l'obligation juridique — qui logiquement réside dans sa conformité au droit — est en réalité pensée tout autrement. L'obligation est pensée en tant qu'obligation juridique (l'idée de légalité ou de conformité au droit restant au second plan) en vertu d'une force qui est celle-là même qui fonde la valeur obligatoire du système juridique tout entier. Il y a une « vivification » de chaque obligation juridique par la force obligatoire du droit dans son entier. Il faut rappro-

(5) *Principes de droit public*, p. 45.

cher cette idée de celle que développe admirablement M. Bergson dans « Les deux sources de la morale et de la religion » à propos des règles morales et sociales. Expliquant la force de telle ou telle obligation sociale ou morale prise en particulier, M. Bergson montre que chaque obligation individualisée tire sa force de l'ensemble des autres obligations. « La force qu'une obligation tire de toutes les autres est plutôt comparable au souffle de vie que chacune des cellules aspire, indivisible et complet, du fond de l'organisme dont elle est un élément. » Ou encore : « Le tout de l'obligation est immanent à chacune de ses parties » (6).

Autrement dit et pour ce qui nous occupe, il semble que le principe qui fonde et justifie le système juridique en son entier, qui lui sert pour ainsi dire de cause, vienne vivifier chaque obligation juridique dans une plus ou moins grande mesure. Et remarquons que cette correspondance entre le principe supérieur et telle obligation juridique concrète est distincte de la justification hiérarchique.

Au contraire, elle sert en certains cas à la corriger : il en est ainsi lorsque des règles juridiques se forment en dehors de la loi et parfois contre elle. C'est à cette influence directe et vivifiante du principe justificatif du système dans son entier, directement communiquée au détail des obligations qu'il faut attribuer ce fait.

Il se produit ainsi, en dehors de tout système de hiérarchie ou de composition des normes, une vérification spontanée de la force obligatoire, par rapport, non à la logique interne du système juridique, mais par rapport à la loi justificatrice du système lui-même.

Il est impossible de comprendre, croyons-nous, la vie juridique si l'on n'admet pas cette immanence des principes méta-juridiques à l'obligation concrète.

---

(6) Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, pp. 3 et suiv.

Un système comme le système kelsenien pose certes uns justification du système juridique, mais un peu comme certains philosophes grecs posaient par un souci de bonne logique un premier moteur immobile expliquant le monde, mais sans influence sur lui.

Certes, il faut un fondement au droit, mais on ne peut le concevoir comme un pur principe de logique, d'où découle une série de normes et d'obligations hiérarchisées. Il convient plutôt de reprendre l'admirable comparaison bersonienne et de comparer la justification juridique au « souffle de vie » aspiré par les cellules de l'organisme.

Or, cette forme de justification est entièrement distincte de la justification hiérarchique, puisqu'elle suppose un contrôle direct de la valeur des obligations d'un point de vue différent de la hiérarchie.

Sans doute, le processus de la construction du droit à partir d'une norme supérieure est-il une explication partielle de cette force obligatoire, en tant qu'elle rend compte de la hiérarchie des organes juridiques de la société; sans doute, l'idée de contrainte explique-t-elle aussi parfois la force de l'obligation.

Mais il faut se rendre compte que la déduction logique et la contrainte sont loin d'expliquer totalement le phénomène, en grande partie, spontané de la soumission au droit. Pour une grande partie des obligations, notamment celles de la vie commerciale, il se produit en dehors de toute déduction hiérarchique des normes une justification directe. Réduite au principe d'obéissance aux normes supérieures, au sentiment de la contrainte, la vie juridique serait un mécanisme extrêmement lourd, dont la marche exigerait maints efforts. L'irruption dans la conscience du sujet de droit d'une justification directe de l'obligation par-delà la hiérarchie des normes, facilite immensément le fonctionnement de l'appareil social. Parfois aussi, en opposant l'obligation déduite et hiérarchiquement justifiée à l'obligation directement justifiée, elle entrave un instant sa marche; mais celle-ci reprend

vite, sitôt que, à la logique purement interne du système juridique, se substitue la logique supérieure qui se réfère aux sources du Droit elles-mêmes.

Ainsi, le principe de causalité reçoit une forme nouvelle lorsqu'on l'applique à l'obligation juridique. Il exige le rattachement de cette obligation à « quelque chose » qui la *justifie*. Mais l'esprit ne se contente pas de l'explication purement formaliste de la conformité à la hiérarchie des normes. Il se reporte aux grands principes qui assurent la valeur morale et sociale du droit et qui sont à la base à la fois du système juridique dans son entier et des obligations prises individuellement.

Section III

La notion de justice.

Jusqu'ici on a parlé de la justification du système juridique, des principes qui le fondent, sans davantage préciser. L'instant est venu de le faire, mais dans la mesure seulement qui est nécessaire à la suite de ces développements.

Il semble, à l'envisager d'un point de vue psychologique — que M. Kelsen repousserait d'ailleurs avec vigueur — que la justification ou mieux l'explication du système juridique par une norme hypothétique fondamentale ne soit guère satisfaisante. Si la conscience sociale attend une justification du système juridique, ce n'est pas, à coup sûr, celle-là.

Le problème se pose-t-il au surplus ? Cela dépend de la façon dont on l'entend. Si par une justification de la règle de droit, on entend une explication métaphysique, nous trouverons sur notre chemin, l'objection de Duguit et de ses disciples, affirmant que, de ce point de vue, la norme juridique ne peut pas et ne doit pas être justifiée.

Abandonnons cette manière de poser la question — non qu'elle soit irrémédiablement fausse, mais parce

que l'on doit s'efforcer de trouver un base de discussion la plus large possible.

Considérons simplement le droit comme un des éléments de l'organisation sociale : ses fondements seront les *besoins* auxquels il satisfait et les *sentiments* auxquels il répond. Duguit, ni les positivistes ne peuvent renier ce point de vue; et si l'on réserve le problème de la légitimité des sociétés et de la valeur des sentiments sociaux, il constitue une position d'attente acceptable pour tous les théoriciens du droit.

On s'aperçoit très vite, à travers les différences de vocabulaire qui séparent les écoles, que le droit se ramène irréductiblement à une synthèse de deux séries différentes d'éléments : d'une part le sentiment et le besoin de la justice ou de l'équité; d'autre part, les nécessités de la vie sociale ou l'ordre social. Ce sont les données à peu près irréductibles d'ailleurs de l'organisation des sociétés. Ceci apparaît aussi bien dans Duguit que chez Hauriou.

« Sentiment de la socialité et sentiment de la justice, *écrit Duguit* (7), tels sont les deux sentiments qui concourent à former dans les esprits à un moment donné la conscience qu'une certaine règle est une norme juridique. »

Or, qu'est-ce que la socialité ? C'est, du point de vue sociologique, le sentiment de la solidarité. Dans son application au droit, c'est la représentation claire ou diffuse « que le lien de solidarité qui maintient l'intégration sociale serait brisé si le respect d'une certaine règle économique ou morale n'était pas sanctionnée par les règles de droit ». La socialité suppose donc une perception des nécessités de la vie en société, notion qui est très proche de l'ordre social.

Quant au sentiment de la justice — sentiment et non notion — c'est un élément permanent, mais à contenu variable. Dans les divers temps et les divers pays,

(7) Duguit, *Dr. constitutionnel*, t. I[er], pp. 65 et suiv. et pp. 116 et suiv.

il se traduit en conceptions souvent différentes et changeantes. Mais, comme « forme » de la conscience sociale, il est toujours persistant. On peut même dire qu'il a deux objets permanents : la réalisation de la justice distributive et la réalisation de la justice commutative. Ainsi, le droit se présente comme lié à deux sentiments, socialité et justice, représentant chacun un aspect différent des réalités humaines : « L'activité de l'homme est toujours dominée par le double sentiment de son caractère social et de son autonomie individuelle » (8).

Si différentes que soient les idées d'Hauriou de celles de Duguit en matière de théorie du droit, nous retrouvons une formule dualiste analogue dans l'œuvre du doyen de Toulouse. Un des derniers articles écrit par lui porte comme titre : « L'ordre social, la justice et le droit » (9), et abonde en idées riches et fécondes sur les relations permanentes unissant ces trois éléments. D'ailleurs, Hauriou note avec des nuances très délicates l'opposition relative qui existe entre ordre social et justice.

« 1° L'ordre social est changeant en ce sens qu'il en existe plusieurs types d'ordre organique et une infiinité de formes de transition; l'idée de la justice est toujours la même, seulement elle se combine à doses variables avec les divers états sociaux et joue en de multiples cas d'espèces;

« 2° Un ordre social établi contient toujours pratiquement une certaine dose de justice qui lui est incorporée, mais pratiquement aussi, il se trouve toujours en conflit avec une nouvelle dose de justice qui n'est pas encore incorporée.

« 3° Incorporée ou non à l'état social, la justice reste toujours séparable de l'ordre parce qu'elle n'a

(8) *Ibid.*

(9) *Rev. trim. Dr. civil*, 1927, et dans *Aux sources du droit*, pp. 43 et suiv.

pas le même but, et même, par opposition à l'ordre, elle paraît révolutionnaire » (10).

Il y aurait beaucoup à dire sur la façon très différente dont Hauriou et Duguit conçoivent la justice. Pour Duguit, elle est essentiellement un « sentiment » confus et changeant; Hauriou, au contraire, se plaît à y voir une « idée objective », une « réalité perçue par l'esprit humain », rejoignant par là les conceptions platoniciennes. Aux idées mises en circulation par les sociologues de la fin du XIX[e] siècle, qui voient dans les valeurs morales de pures créations sociales, variables comme les sociétés elles-mêmes, Hauriou oppose à maintes reprises la permanence de la notion morale de justice.

Ce débat d'un puissant intérêt — est plus philosophique que juridique. En ce qui nous concerne, nous entendrons par justice, la conception du juste qui existe dans l'esprit de l'individu vivant en Société, dans un pays et à un moment donné. Le problème de savoir si sous les conceptions différentes de la justice, ne subsiste pas une idée constante ne peut être abordé ici.

Ce qui nous importe actuellement, c'est la constatation de l'irréductible dualisme : justice et ordre social ou socialité, dualisme qui se retrouve à peu près chez tous les auteurs sauf peut être chez les tenants de la théorie pure du droit.

C'est donc du côté de cette double formule que doit être recherchée la justification juridique, et le contenu juridique du principe de causalité.

Il faut tout de suite noter cependant que la valeur morale des deux notions considérées n'est pas identique. Il y a un primat métaphysique de la justice sur l'ordre social : c'est-à-dire que, en soi, la réalisation de la justice représente un bien supérieur au maintien de l'ordre social; ou mieux :

---

(10) *Aux sources du droit*, p. 47.

l'ordre social parfait se confondrait avec la justice. Primat *métaphysique*, disons-nous, mais non pas fatalement primat *politique* : il est des cas où l'ordre social doit passer avant la justice; mais ce sont des nécessités pratiques qui imposent cette anomalie et la raison profonde en est que certaines imperfections du point de vue de la justice valent mieux que la destruction de l'ordre social, dont la conséquence serait une anarchie dont la justice serait définitivement bannie. Sauf naturellement les poussées révolutionnaires de la justice qui aboutissent à une réédification de l'ordre social.

Il résulte de ceci que la justification recherchée par la conscience sociale l'est tout naturellement du côté de la justice. L'explication de certaines obligations par les nécessités de l'ordre à l'état pur, de ce que Hauriou appelle « l'ordre pour l'ordre », sont toujours ressenties comme insuffisantes. Si la conscience des individus vivant en Société accepte parfois le primat *politique* de l'ordre, elle garde toujours le souvenir vivant du primat *moral* de la justice. Et ceci se traduit par l'évolution sociale qui cherche à réaliser une intégration de plus en plus poussée de la justice dans l'ordre social. Il est d'ailleurs bon d'ajouter que cette évolution n'est pas linéaire: elle est faite d'efforts bien plus que de résultats; il y a des erreurs sur les moyens propres à réaliser la justice, sur la notion elle-même de justice, et surtout il n'est pas rare qu'un grand cataclysme social mette à néant l'effort de longs siècles.

La justification sera donc — comme l'étymologie elle-même semble l'indiquer — la correspondance à la justice.

Si la cause juridique doit être entendue comme le résultat des exigences de la grande loi mentale de la causalité, sous sa forme justificative, on se trouverait en présence d'une formule de la cause l'identifiant à peu près avec *la conformité de l'obligation à la*

justice, ou subsidiairement à certaines exigences de l'ordre social.

Pareille formule serait hasardeuse, si elle n'était que le terme du raisonnement qui vient d'être fait, à partir de considérations philosophiques sur le principe de causalité. Rien n'est plus intéressant que la mise en œuvre de théories philosophiques dans le droit, mais rien aussi n'est plus dangereux, parce que là où les prémisses sont incertaines, la conclusion l'est aussi.

Cependant, la valeur des déductions que nous venons de présenter se trouve considérablement renforcée si elles sont vérifiées par d'autres procédés de raisonnement, et si les conclusions auxquelles elles aboutissent se présentent comme un carrefour auquel mènent plusieurs routes.

L'idée que le principe de causalité, encore appelé principe de raison suffisante se traduit juridiquement par la nécessité d'une *justification* des normes et des obligations de droit se trouve exprimée dans un article de M. Mircéa Djuvara dans la Revue internationale de la Théorie du Droit. L'auteur note très exactement la distinction qu'il convient de faire entre la « raison suffisante » ou la « causalité » des phénomènes physiques, et l'aspect spécial que revêt pareille nécessité lorsqu'elle se traduit dans un monde de « valeurs ».

D'une façon générale, toute réflexion sur les conditions de la vie sociale amène à poser comme une nécessité un principe vivificateur des obligations qui soit autre que la pure correction formelle des règles.

---

(11) Mircea Djuvara, La théorie de la cause à la lumière de la théorie du droit, *Rev. int. de la théorie du droit.*, 1931-1932, pp. 91 et suiv.

« Les sciences théoriques donnent des explications; le droit présente des *justifications.* »

L'auteur arrive à conclure que, en droit public, les droits et obligations ont pour cause l'acte qui leur donne naissance et que celui-ci a à son tour pour cause les droits de son auteur. Explication toute formaliste et contre laquelle valent les objections qui ont été faites aux théories kelseniennes.

M. Gény parle de la « base rationnelle » des droits subjectifs, base rationnelle qui correspond à « une idée de justice » (12).

C'est à une idée analogue qu'arrive M. Maury (13). Sur le terrain du droit privé, « la cause est la force qui justifie, pour la conscience sociale, un déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre ». Et finalement, la justification d'un déplacement patrimonial, « donc la cause est toujours sa conformité à la justice, telle qu'elle résulte du sentiment des honnêtes gens ».

Ce qui fait la très grande valeur de ces conclusions, c'est qu'elles se présentent comme les fruits d'une étude de droit positif très poussée. Il est évident que la cause en droit privé apparaît dans son histoire comme un instrument mis par la jurisprudence au service de l'équité et de la moralité. Elle impose le respect de l'équivalence des prestations dans les contrats à titre onéreux; elle assure la moralité des conventions en général. La théorie de l'enrichissement sans cause, qui est en quelque sorte l'autre face de la théorie de la cause, est au suprême degré une sauvegarde de l'équité, à tel point que sous l'analyse, elle se dissout jusqu'à s'identifier à cette dernière notion.

Les relations de la cause avec cette notion du juste dans laquelle M. Gény (14) voit « le contenu propre et spécifique du droit » sont extraordinairement apparentes en droit privé.

Elles ne sont pas inexistantes en droit public. Il faut se reporter au point où est apparue, et où, en quelque sorte, a jailli la jurisprudence de la cause. C'est dans une hypothèse (l'arrêt Trépont) où ont joué à un très grand degré des arguments d'équité et de justice.

M. Jèze a très justement fait allusion à l' « indignation » qui a animé le Conseil d'Etat dans cette

(12) Geny, *Lettres missives*, II, pp. 191 et suiv.
(13) Maury, thèse précitée, conclusions du t. II.
Cf. *supra*, 3e partie, Introduction.
(14) *Science et technique*, t Ier.

espèce. Lorsque la notion de cause paraîtra à nouveau dans l'arrêt Lefranc, ce sera pour remédier à une situation contraire à l'équité et à la justice. La cause en jurisprudence est essentiellement une technique de « secours » qui permet l'annulation d'actes qui froissent la conscience sociale. Mais tout de suite, il faut apporter à ces idées un correctif : la justice ne présente pas le même aspect en droit public qu'en droit privé; elle n'a pas la même forme. On verra que la justification des actes administratifs ne se ramène pas à une équation simple entre des valeurs patrimoniales.

Il est bon de jeter maintenant un coup d'œil en arrière et de voir à quel terme nous ont mené les réflexions qui précèdent :

Une loi mentale de causalité exige la liaison de toute obligation juridique à un principe qui la « fonde » et la « cause ».

La causalité juridique n'est pas d'ordre « productif », mais « justificatif ». La cause juridique est une *justification.*

La justification déduite de la hiérarchie des normes ne peut, à elle seule, expliquer la soumission spontanée et le sentiment d'obligation morale dont sont l'objet les obligations juridiques. C'est *directement* aux principes fondamentaux du droit que se reporte la conscience sociale.

Ces principes sont essentiellement : l'ordre social et la justice. Mais la justice représentant un bien *moralement* et *métaphysiquement* supérieur à l'ordre social, la justification idéale d'une obligation de droit est sa conformité à la justice.

Le principe de causalité en tant que loi de notre vie mentale juridique, se traduit donc par l'exigence d'une correspondance entre les obligations juridiques et la justice telle que se la représente la conscience sociale.

Nous reprenons la formule de M. Maury en l'élargissant : « *La cause d'une obligation juridique, c'est sa conformité à la justice.* »

Section IV

Le contenu de la notion de cause en droit privé et en droit public.

Il est vrai que pareille formule peut déconcerter et il faut tout de suite dire qu'elle ne constitue pas une définition de la cause en tant que conception ayant un certain *contenu* et certains aspects techniques, mais en tant qu'assumant une certaine *fonction* : ce qu'elle implique précisément, c'est une grande variété dans le contenu de la notion de cause, variété dont il faut maintenant rendre compte spécialement sur ce qui touche la définition que l'on a donnée plus haut de la cause en droit public.

Il est évident que la distance apparaît grande entre la formule que nous empruntons à M. Maury et le sens courant de la cause : la cause est le but de l'acte. Non moins grande d'ailleurs est la distance entre cette formule et la cause objective que l'on a essayé de définir en droit administratif. Pour rendre compte de ces différences qui n'impliquent pas une irréductible multiplicité de la notion de cause il faut une fois de plus faire appel à la divergence de principes existant entre le droit privé et le droit public.

La première et la plus importante divergence tient à l'aspect même que revêt en droit privé et en droit public le concept de justice.

Voici longtemps que la distinction entre la justce commutative et la justice distributive entre la « Thémis » et la « Dikè » a acquis droit de cité dans la théorie juridique (15). L'une concerne les rapports

(15) Cf. par exemple :
Duguit, *Dr. constitutionnel*, I, pp. 121-123.
Renard, *Théorie de l'Institution*, pp. 25 et suiv. et p. 457.

intérieurs des groupes sociaux et de leurs membres; elle est à la base de pouvoir disciplinaire; elle implique l'inégalité des parties. Au contraire, la justice commutative est une forme de relations entre parties égales, et se présente elle-même comme l'exigence d'un rapport d'égalité économique entre les services rendus et les rémunérations reçues (16).

La justice commutative est la base des relations du droit privé; elle se traduit économiquement par le principe d'équivalence. M. Maury montre comment ce principe qui « tend à l'autonomie » est en réalité un « corollaire » des exigences de la justice commutative.

Le droit public est, au contraire, tout imprégné de justice distributive. Et il n'est pas possible de rappeler ici les caractères essentiels de cette dernière. Mais il faut noter qu'elle est très fortement imprégnée d'ordre social : elle est hiérarchique et tient un large compte des nécessités de cohésion des groupes sociaux .Elle ne peut notamment pas s'analyser dans une égalité de valeurs : elle implique toute autre chose.

Elle implique un certain équilibre, non pas entre deux éléments d'ordre économique, mais entre les nécessités sociales et les droits individuels. Elle n'est pas cependant l'ordre social à l'état brut; mais elle signifie que dans les relations entre le groupe et l'individu, il y a autre chose qu'un libre échange de volontés. Elle implique un certain pouvoir de commandement (17).

Que le droit public soit imprégné de justice distributive, voilà qui n'est pas douteux. Tout le droit admi-

---

(16) Les idées exprimées ici sur l'aspect différent de la justice en droit public et en droit privé sont empruntées au cours de doctorat 1930-1931 (non publié) de M. A. Hauriou sur *Les rapports du droit administratif et du droit privé*, professé à la Faculté de Droit de Toulouse.

(17) « L'égalité est la loi du contrat, la hiérarchie est la loi de l'institution. » (Renard, *Théorie de l'Institution*, p. 372.)

nistratif français est bâti sur l'idée que l'administration a certains privilèges, qu'elle n'est pas l'égale des particuliers, mais en un certain sens leur supérieur. Evidemment, le dogme de la puissance publique et celui de la souveraineté, poussés d'ailleurs à l'outrance ont été violemment attaqués, et aux dires de certains, renversés et anéantis. Il n'en reste pas moins que l'Administration par ses droits, qu'il s'agisse de réquisition ou d'action d'office, demeure une puissance supérieure aux particuliers. C'est une banalité de dire que le droit administratif n'est pas un droit égalitaire : les auteurs qui ont tenté de substituer la notion du du service public à celle de la puissance publique n'ont pas moins souligné que les autres toutes les prérogatives de l'Administration, et la forme très différente du principe d'égalité que revêtent les relations entre administration et administrés (18).

Quelle est la traduction pratique de la justice distributive ? Elle est totalement différente de la formule d'équivalence par laquelle s'exprime la justice commutative. Elle consiste dans une certaine conformité de l'acte aux nécessités sociales et aux droits individuels. Elle se refère à l'idée d'utilité : tout acte socialement inutile est injuste. Alors que le droit privé ignore — sauf peut être dans la théorie de l'abus des droits — le principe d'utilité, il est à la base du droit administratif. La justice distributive exige *la correspondance de l'acte à certaines nécessités*. Elle postule *une liaison entre les situations objectives et les actes*. On voit par là combien l'on est près de la théorie de la cause que nous avons tenté d'édifier.

Mais, la justice distributive est plus que l'emprise sociale sur les individus : elle implique un certain respect de ceux-ci. Elle est opposée à l'arbitraire. Elle est instinctivement sentie comme comportant une

(18) Là même où le droit administratif tend à s'organiser sur la base de la justice commutative, les exigences de la justice distributive réapparaissent. C'est précisément aux caractères exorbitants du droit commun des conventions que l'on reconnaît les contrats administratifs.

protection des individus. Parmi les procédés dont elle implique la mise en œuvre, le plus important est celui de la prévision juridique.

Alors que le droit privé exige une grande liberté d'action, un pouvoir créateur quasi-illimité reconnu aux individus dans leurs relations égalitaires — ou censées telles —, le droit public demande au contraire que soient prévus et limités les pouvoirs de l'Administration. C'est la contrepartie de ses prérogatives. Ici encore, on rejoint un des éléments de la théorie proposée plus haut : la justice distributive, sous son aspect protecteur des droits individuels, postule une limitation des pouvoirs du groupe social, de l'Administration. Cette limitation s'opère essentiellement par un classement des actes *en catégories;* et par une prévision des conditions de l'action administrative.

Ainsi, alors que la justice commutative se traduisait dans la formule assez simple de l'équivalence, la justice distributive est d'une richesse plus complexe : elle suppose une certaine *adéquation de l'action administrative aux nécessités objectives,* et une certaine *limitation* des pouvoirs opérée à l'aide d'une « *catégorisation* » des actes générateurs d'obligations.

Cette constatation rejoint parfaitement la théorie de la cause du droit public que nous avons proposée, et dont les pièces essentielles, empruntées au doyen Hauriou, sont : le caractère objectif de la cause et ses relations avec les catégories administratives.

Ainsi, l'opposition entre la justice commutative du droit privé et la justice distributive du droit public fait comprendre pourquoi la traduction des principes de justice ne se fait pas en droit administratif selon une formule d'équivalence.

Mais l'équivalence n'est-elle même en droit privé qu'une formule déduite de la présomption que les sujets de droit recherchent l'égalité dans leurs transactions. Ce qui le prouve, c'est que, dans les actes à titre gratuit, le sujet de droit s'en affranchit par sa

volonté de se dépouiller sans recevoir d'équivalent. Et ce qui apparaît comme la position fondamentale et irréductible du droit privé, c'est que la cause est toujours un certains aspect de la volonté, but ou motif, suivant les définitions, mais toujours *élément psychologique*. Il faut se reporter à la formule saisissante de M. Josserand : « La cause est le moi du sujet, par opposition au non-moi. »

Or le droit administratif présente une formule exactement inverse. La cause est un élément objectif de l'acte, elle s'apprécie comme une situation de fait ou de droit : elle est extérieure au sujet de droit. Alors que le subjectivisme irréductible de tout acte juridique se traduit dans le but ou le motif, la cause, c'est le *non-moi* par opposition au *moi*.

Peut-on, dans ces conditions, parler d'une unité fondamentale de la notion de cause, alors que cette notion présente deux formules opposées en droit public et en droit privé ? Sous l'unité du vocabulaire n'est-ce pas une multiplicité de notions qui se dissimule ?

En réalité, c'est au cœur du problème que nous sommes et après ce que nous avons dit, la solution apparaît comme facile. Il s'agit une fois de plus d'une opposition entre les traductions d'un même principe en droit privé et en droit public.

Le droit privé est fondé — au moins en ce qui touche la vie contractuelle, champ d'application de la cause — sur l'autonomie de la volonté. C'est dans le libre pouvoir créateur des sujets de droit que les obligations ont leur source; *c'est ce pouvoir créateur qui les justifie*. On peut aller jusqu'à dire que la justice en droit privé consiste dans la conformité des olbigations à la libre volonté des individus qui les supportent (19). Le principe d'équivalence, formule économique de la justice commutative, est lui-même

(19) Cf. ce que dit à ce sujet M. Mircea Djuvara dans sa thèse sur *Le fondement du phénomène juridique* (Paris, 1913).

tenu en échec par la volonté à deux points de vue : c'est à l'équivalence *voulue* (20) que l'on doit s'attacher dans une convention (et non à l'équivalence purement objective) et surtout *la volonté a le pouvoir de s'affranchir de l'équivalence dans les libéralités.*

De sorte qu'il est normal de rechercher la justification des obligations dans la volonté des individus, dans ce que M. Maury appelle la volonté « causée », c'est-à-dire dans l'aspect rationnel de cette volonté, dans le *but* ou dans le *motif.*

Il est normal que dans un système où est reconnu l'autonomie de la volonté, ce soit dans un élément subjectif de l'acte, et dans le *moi* de son auteur que soit recherché le principe justificatif de l'obligation. Définie par le but, le motif, le mobile, ou traduite dans une présomption de recherche de l'équivalence, la cause, c'est-à-dire la justification de l'obligation, c'est la *volonté libre et fondée du sujet de droit.*

Il est à peine besoin de dire que la justification de l'acte administratif est tout autre. La justice ce n'est pas la conformité à la volonté des agents publics; c'est la conformité à l'intérêt public.

Or, cette conformité s'apprécie par rapport aux situations objectives. On peut dire qu'un acte administratif est juste lorsqu'il est conforme à l'intérêt public, d'une conformité objective.

Mais la directive de l'intérêt public ne peut à elle seule fournir un procédé technique servant à contrôler la valeur de l'acte; elle se précise en procédés d'analyse plus maniables. On sait qu'elle pénètre les éléments subjectifs de l'acte, et qu'elle inspire toute la théorie du but. Mais c'est de façon quelque peu subsidiaire; c'est parce qu'il est certaines régions de règles assez imprécises de moralité, où seule une analyse psychologique peut pénétrer. On peut même

(20) Cf. MAURY, op. cit., I, p. 157.

dire que c'est déjà un contrôle de « luxe », né de l'idée qu'une certaine « coloration » psychologique des actes peut les vicier.

Mais la justification essentielle, c'est l'exacte correspondance de l'acte administratif aux nécessités objectives. C'est dans la réalité qu'elle réside, et la cause, procédé juridique par lequel se réalise et se contrôle cette justification, s'analyse finalement dans une *loi de corrélation entre cette réalité et les actes juridiques*. La cause de droit public s'identifie avec la *situation objective extérieure au moi du sujet de droit*, en opposition parfaite avec la cause du droit privé, parce que, en dernière analyse, l'activité de l'institution administrative est déterminée de façon majeure — et réserve faite du pouvoir discrétionnaire — par les réalités et l'intérêt public, et non par un libre choix de la volonté autonome.

Opposition entre la justice distributive et la justice commutative; opposition entre l'autonomie de la volonté et la directive d'intérêt public, voilà, nous semble-t-il, la raison et l'explication des différences entre le contenu de la notion de cause en droit privé et son contenu en droit public.

La cause du droit privé, c'est l'aspect subjectif de l'acte : elle correspond aux exigences de la justice commutative, et aux droits de la volonté autonome. La cause du droit administratif, ce sont les situations objectives déterminant des actes catégorisées, suivant les exigences de la justice distributive et de la règle de l'intérêt public.

Section V

L'unité « fonctionnelle » de la notion de cause.

Il est évident que le concept de la cause diffère par son contenu en droit privé et en droit public.

Il existe cependant une unité foncière à la base de cette notion : la cause, c'est la justification du phénomène de droit.

Cette unité se présente comme différente de ce que l'on pouvait attendre. On ne peut pas la définir par le *contenu* d'un concept, mais par sa *fonction*. Le contenu de la notion de cause est fourni par la matière juridique à laquelle on s'applique et par suite est variable. Prise au contraire dans son unité fondamentale, la cause est une fonction de la vie juridique, se réalisant en concepts variés.

Unité fonctionnelle, et non conceptuelle, voilà peut-être une solution des contradictions qu'offre la théorie de la cause. Unité fonctionnelle, cela veut dire que la cause est à la conjonction de grandes lois universelles touchant à la fois à notre vie mentale et à la permanence des nécessités du système juridique.

Cela explique aussi la valeur relative des définitions purement « conceptuelles » de la notion de cause. Leur contenu doit varier — et l'histoire corrobore cette vue *a priori* — avec les époques et avec les principes directeurs du droit. Parfois, la notion de cause semble disparaître; c'est souvent qu'elle porte simplement un autre nom; c'est parfois aussi une réaction contre les difficultés de sa mise en œuvre. Mais, elle constitue vraiment une irréductible nécessité. Parvenu à un certain degré de progrès et de maturité, tout système juridique tend à y faire appel, sous une forme ou sous une autre.

Par son contenu, elle dépend de la discipline juridique où on l'envisage : le droit privé la concrétise dans les notions de but, ou d'équivalence économique; le droit administratif en donnerait, selon nous, une formule objective : celle des nécessités d'intérêt public. Mais cette traduction correspond toujours à une unité fonctionnelle persistante : *la cause c'est la justification, pour la conscience sociale de l'obligation juridique.*

Si l'on accepte les bases proposées pour cet essai de synthèse : si l'on admet que le principe de causalité, loi de notre vie mentale, exige une explication de l'obligation juridique; si l'on admet que cette

explication ne peut être trouvée que dans la notion du juste, individuel ou social, « contenu propre et spécifique du droit », on donne de la cause une formule qui l'unifie sans en nier arbitrairement la diversité.

Du rang de la pure technique juridique, on élève la cause au rang d'une fonction permanente de la vie juridique. Peut-être peut-on y voir une de ces « formes » ou « catégories » qui sont les cadres dans lesquels le droit doit obligatoirement être pensé.

Par delà les explications fragmentaires et en quelque sorte tautologiques des obligations par la hiérarchie des normes, elle assure aux devoirs juridiques une base rationnelle et morale.

Rationnalité, moralité... Comme toute réflexion sur les notions juridiques fondamentales l'étude de la notion de cause nous ramène à une conception « humaniste » du droit.

En nous montrant les concepts juridiques enracinés dans la psychologie et dans la morale, elle tend à nous faire douter de la « théorie pure » du droit. La norme ou l'obligation juridique ne s'inscrit nulle part, si elle ne s'inscrit pas dans la conscience et dans la raison.

Loin de placer le droit dans une position subordonnée, cette constatation donne à l'art et à la science juridiques tout leur sens. Plus qu'une stérile dialectique, la recherche « du juste et du bon », suivant la formule romaine, mérite l'étude et l'effort.

Vu : Vu : *Le Doyen,*

Le Président de la Thèse, **Ch. CÉZAR-BRU**

A. HAURIOU

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Toulouse, le 23 Juin 1934

Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
J. GHEUSI

Abréviations usuelles dans le cours de l'ouvrage

S. : Recueil périodique Sirey.
D. ou *D. P.* : Recueil périodique Dalloz.
D. H. : Recueil hebdomadaire Dalloz.
Rec. ou *R.* : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (LEBON).
J. A. : Jurisprudence administrative en trois volumes. (Notes de jurisprudence du Doyen HAURIOU recueillies et classées par A. HAURIOU).

Les ouvrages cités au texte sans indication d'édition le sont d'après leur dernière édition parue.

Bibliographie

Dans un but de simplification ont été exclus de cette bibliographie :

1° Les ouvrages ou traités généraux, à l'exception de ceux cités le plus fréquemment dans le cours de l'ouvrage;

2° Les notes de jurisprudence, sauf les deux notes d'Hauriou se rapportant directement au sujet;

3° Les ouvrages se rapportant à des théories étrangères qui ont fait l'objet d'études ou de résumés en langue française ou dont l'importance n'est pas essentielle pour la connaissance du sujet.

ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926.

APPLETON (J.). — *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, 1927.

ARTUR. — Séparation des Pouvoirs et séparation des Fonctions, *Revue de droit public*, 1903.

BELIN. — Recherches sur la notion d'utilité publique, *Thèse Paris*, 1933.

BERGSON. — *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, 1889.

— *L'Evolution créatrice*, 1907.

— *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932.

BERTHELEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 10e *édition*, Paris, 1930.

BLONDEAU. — La concession de service public, *Thèse Grenoble*, 1929.

BODDA (Piero). — *La nozione di « causa giuridica » della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Turin, 1933.

BONNARD. — Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, *Revue de droit public*, 1923.

— La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf MERKL, *Rev. Dr. public*, 1928.

— *L'origine de l'ordonnancement juridique*, dans *Mélanges Hauriou*.

— *Précis élémentaire de droit administratif* (avec supplément), 1933.

CALEB. — Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, *Thèse Strasbourg*, 1927.

CAMMEO. — *Corso di diritto amministrativo*.

CAPITANT (H.) et COLIN (A.). — *Cours élémentaire de droit civil français* (3 vol.), 1932.

CAPITANT (H.). — *La cause des obligations*, Paris, 1923.

CAPITANT (R.). — L'impératif juridique, *Thèse Paris*, 1928.

CARRÉ DE MALBERG. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (2 vol.), Paris, 1920-22.

Carré de Malberg. — *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, Paris, 1933.

Cayret. — Le procès de l'individualisme juridique, *Thèse Toulouse*, 1932.

Cézar-Bru. — *Précis élémentaire de procédure civile*, 1927.

Chalvon-Demersay. — De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir, *Thèse Paris*, 1922.

Charlier. — L'anarchisme-communisme, *Thèse Rennes*, 1930.

Coumaros. — Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, *Thèse Bordeaux*, 1931.

Dabin. — La théorie de la cause, *Thèse Liège*, 1919 (récemment rééditée).

Delbez. — Excès de pouvoir et Responsabilité, *Rev. Dr. public*, 1932.

Delvolvé. — Les délégations de matières en droit public, *Thèse Toulouse*, 1930.

Devaux. — La protection des sites et des monuments naturels de caractère artistique, *Rev. Dr. public*, 1925, p. 243.

Djuvara (Mircea). — Le fondement du phénomène juridique, *Thèse Paris*, 1913.

— *La théorie de la cause à la lumière de la théorie du droit*, dans *Revue internationale de la théorie du droit*, 1931-1932, pp. 91 et suiv.

Duez. — *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1927.

— Police et esthétique de la rue, *D. H.*, 1927, Chronique, p. 16.

Duguit. — *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition, 1921-1925 (5 vol.) et 3e édition, 1927-1928 (2 vol.).

— *Les transformations du droit public*, Paris, 1920.

— *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.

DUGUIT. — *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, dans *Mélanges Hauriou.*

FONT-REAULX (P. DE). — Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribuanux administratifs, *Thèse Paris*, 1930.

FORTI. —*Diritto amministrativo*, t. Ier, 1931.

— *Atto e procedimento amministrativo*, dans *Studi di diritto publicco in onore di Oreste Ranelletti*, t. Ier, p. 44.

— *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, For. It. 31, III, 89.

FOSSIER (Andrée). — Les manifestations cultuelles, *Thèse Paris*, 1927.

GENY. — *Science et technique en droit privé positif* (4 vol), 1914-1924.

— *Méthode d'interprétation et sources en droit positif* (2 vol.), 1919 .

— *Des droits sur les lettres missives* (2 vol.), 1911.

GEORGIN (A.). — La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, *Thèse Paris*, 1915.

GEORGIN (C.). — L'avancement dans les fonctions publiques, *Thèse Paris*, 1914.

GIRARD. —*Manuel élémentaire de droit romain*, 1924.

GIRAUD. — *Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire*, dans *Revue générale d'Administration*, 1924.

GOLDENBERG. — Le Conseil d'Etat juge du fait, *Thèse Paris*, 1932.

GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, *Thèse Dijon*, 1912.

GUILLIEN. — L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, *Thèse Bordeaux*, 1931.

HAURIOU (M.). — *Précis de droit administratif*, 11e édition, 1927; 12e édition (par A. HAURIOU), 1933.

— *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929.

Hauriou (M.). — *Précis de droit public*, 2e édition, 1916.

— *La science sociale traditionnelle*, 1896.

— *Aux sources du droit :* Le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, contenant notamment : L'ordre social, la justice et le droit (*Rev. trim. de Dr. civil*, 1927). — Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes (*Rev. de métaphysique et de morale*, 1928). — La théorie de l'institution (*Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925). — Police juridique et fond du droit (*Rev. trim. de Dr. civil*, 1926).

— Notes au *Recueil Sirey*, réunies et classées par André Hauriou (Jurisprudence administrative), 3 vol., Paris, 1931, notamment note sous l'arrêt Lefranc, II, p. 380, et note sous l'arrêt Mariani, II, p. 388 (Théorie de la cause).

Hauriou (M.) et de Bezin. — La déclaration de volonté, *Rev. trim. de Dr. civil*, 1902.

Hauriou (A.). — *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, dans *Mélanges Carré de Malberg*, p. 231.

Ihering. — *Zweck im Recht* traduit sous le titre *L'évolution du droit* (Meulenaere), 1901.

Jacquelin. — *Principes dominants du contentieux administratif*, Paris, 1899.

Jèze. — *Les principes généraux du droit administratif* (4. vol.), 1925-1930.

— L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir, *Rev. de Dr. public*, 1911.

— Théorie générale des motifs déterminants, *Rev. de Dr. public*, 1922.

— L'avancement des fonctionnaires, *Rev. de Dr. public*, 1928.

— Les contrats administratifs, *Rev. de Dr. public*, 1925.

— *Notes de jurisprudence*, dans *Rev. de Dr. public.*

JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français* (3 vol.), 1932-1933.

— *Essais de téléologie juridique :* I. De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927. — II. Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, 1928.

KELSEN. — Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, *Rev. de Dr. public,* 1926.

— Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *Rec. des cours de l'Académie de droit international,* 1926, t. XIV.

— La garantie juridictionnelle de la constitution, *Rev. de Dr. public,* 1928.

LACOMBE. — *La psychologie bergsonienne,* Paris, 1933.

LAFERRIÈRE (E.). — *Traité de la juridiction administrative,* Paris, 1896.

LAFERRIÈRE (J.). — La propriété et le droit de police, *Thèse Paris,* 1908.

LAMBERT. — *Le gouvernement des juges,* Paris, 1921.

LAUN (VON). — *Das Freie Ermessen und seine Grenzen,* 1910.

LE FUR. — La protection juridictionnelle des franchises locales, *Rev. gén. d'Administration,* 1911.

LOUIS-LUCAS. — Volonté et cause, *Thèse Dijon,* 1918.

MADRAY. — La représentation en droit privé, *Thèse Bordeaux,* 1931.

MARTY. — La distinction du fait et du droit (devant la Cour de Cassation), *Thèse Toulouse,* 1929.

MAURY. — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français (2 vol.), *Thèse Toulouse,* 1920.

— Observations sur les idées du Professeur H. KELSEN, *Rev. critique,* 1929.

MERKL. — Cf. art. BONNARD, précité.

MESTRE. — Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif, *Rev. pol. et parl.,* 1916.

MESTRE. — Le refus des permissions de voirie, *Rev. des concessions*, 1923-1924.

MICHOUD. —Etude sur le pouvoir discrétionnaire, *Rev. gén. d'Administration*, 1914-1915.

MOREAU. — *Le règlement administratif*, Paris, 1902.

MORIN. — L'abus du droit, *Rev. de métaphysique et de morale*, 1929.

NOEL (M.). — Les motifs dans les décisions des juridictions administratives, *Rev. de Dr. public*, 1924.

PAULME (M.). — Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat, *Thèse Paris*, 1931.

PERREAU (B.). — *De la qualification en matière criminelle*, 1926.

PERREAU (E.-H.). — *Technique de la jurisprudence en droit privé* (2 vol.), 1923.

— Quasi-contrats en droit civil et en droit administratif, *Rec. de législ.*, Toulouse, 1913.

PHILIBERT. — Le but et le motif dans l'acte administratif, *Thèse Bordeaux*, 1931.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil* (3 vol.), 1932.

— *Traité pratique de droit civil français* (14 vol.), 1925-1934.

PLASSARD. — Des ouvertures communes à cassation et à requête civile, *Thèse Paris*, 1924.

POUND (Doyen). — The administrative application of legal standards, XLIV, *American Bar. Ass. Reports*, p. 445.

RAGGI. — *Diritto amministrativo.*

RÉGLADE. — Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, *Rev. de Dr. public*, 1925.

RENARD. — Le droit, la justice et la volonté, Paris, 1923-1924.

— Le droit, la logique et le bon sens, Paris, 1924-1925.

RENARD. — Le Droit, l'Ordre, la Raison, Paris, 1925-1927.

— La théorie de l'institution, 1930.

REVEL. — L'extension de la compétence communale en matière économique, *Thèse Lille,* 1928.

RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, 1925 (1 vol.).

ROLLAND. — *Précis de droit administratif,* 1934.

ROQUES (P.). — De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif, *Thèse Montpellier,* 1930.

SALEILLES (R.). — *De la personnalité juridique,* 1910.

— *De la déclaration de volonté,* 1901.

SANHOURY (Al.). — Les restrictions contractuelles à la liberté du travail dans la jurisprudence anglaise, *Thèse Lyon,* 1925.

SÉFÉRIADES. — Etude critique sur la théorie de la cause, *Thèse Paris,* 1896.

STATI (O.). — Le standard juridique, *Thèse Paris,* 1927.

SUDRE. — La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats, *Thèse Paris,* 1928.

TEISSIER. — *La responsabilité de la puissance publique,* dans *Répertoire Bequet.*

TIMBAL. — De la cause, *Thèse Toulouse,* 1882.

TRENTIN. — *L'atto amministrativo.*

VERDROSS. — *Le fondement du droit international* dans *Revue des Cours de l'Académie de droit international,* 1927, t. XVI.

VIDAL et MAGNOL. — *Cours de droit criminel et de science pénitenciaire,* Paris, 1927.

VITTA. — *Diritto amministrativo,* 1933.

VIVIEN. — *Etudes administratives* (2 vol.), Paris, 1859.

Waline (M.). — Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, *Rev. de Dr. public*, 1930.

— La notion judiciaire de l'excès de pouvoir, *Thèse Paris*, 1926.

Welter. — Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, *Thèse Nancy*, 1929.

Weyr. — *La doctrine de M. Adolf Merkl*, dans *Revue internationale de la théorie du droit*, 1927-1928.

Table des Matières

PAGES

INTRODUCTION GENERALE 1

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DE CAUSE DANS LA JURISPRUDENCE DE L'EXCES DE POUVOIR 11

CHAPITRE PREMIER

La distinction du fait et du droit envisagée d'un point de vue général : son sens, sa portée 14

Section I. — *La conception syllogistique de l'acte juridictionnel* 15

— II. — *La technique de la distinction du fait et du droit et l'activité du juge* 20

— III. — *La relativité de la distinction du fait et du droit.* 29

CHAPITRE II

Le partage des compétences dans le pourvoi en cassation civile et dans le recours pour excès de pouvoir 34

Section I. — *Les analogies entre l'excès de pouvoir et la cassation : le contrôle de la légalité* 36

— II. — *Essai d'une distinction entre le point de vue des ouvertures et le point de vue du partage des compétences* 47

CHAPITRE III

L'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir 57

Section I. — *L'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir au XIX^e siècle* 60

— II. — *L'examen du fait depuis 1906* 65

Sous-Section I. — Le contrôle de la matérialité des faits 65

Sous-Section II. — Le contrôle de l'application du droit au fait 88

PAGES

Section III. — *Opportunité et légalité : Y a-t-il un contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ?*.. 92

— IV. — *Conclusions relatives à la jurisprudence de l'examen du fait*..... 103

Sous-Section I. — Conclusions positives..... 103

Sous-Section II. — Conclusions négatives : les problèmes en suspens..... 105

CHAPITRE IV

L'utilisation de la notion de cause dans la jurisprudence de l'excès de pouvoir..... 118

Section I. — *L'arrêt Trépont*..... 120

— II. — *Le développement de l'emploi de la notion de cause* 132

CHAPITRE V

La cause, procédé technique dans le recours pour excès de pouvoir. 146

Section I. — *La notion de cause constitue un procédé technique d'intégration de l'erreur de fait à l'ouverture de la violation de la loi, dans des hypothèses où les procédés ordinaires ne peuvent s'appliquer.* 150

— II. — *La notion de cause revêt, en certains cas, un caractère synthétique et tend à ramener à l'unité les antécédents de fait ou de droit qui conditionnent la validité de l'émission d'un acte juridique* 158

— III. — *La notion technique de la cause tend à un contrôle des éléments objectifs de l'acte, s'opposant par là à la technique du but. Elle aboutit à la nullité pour violation de la loi, et non pour détournement de pouvoir. Elle n'est entièrement de pouvoir. Elle n'est entièrement compréhensible qu'en faisant appel à l'idée des catégories juridiques* 163

DEUXIEME PARTIE

LA NOTION DE CAUSE DANS LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE 173

CHAPITRE PREMIER

La théorie de la cause d'après le Doyen Hauriou..... 175

PAGES

Section I. — *La notion de l'excès de pouvoir dans la doctrine d'Hauriou* 176

— II. — *La théorie de la cause catégorique*..... 185

CHAPITRE II

Les adversaires de la notion de cause dans la doctrine française.. 193

Section I. — *Le but et le motif impulsif dans la théorie de Duguit* 193

Sous-Section I. — La théorie générale de l'acte juridique..... 194

Sous-Section II. — L'explication de la jurisprudence de la cause..... 204

— II. — *La théorie des motifs déterminants de M. Jèze.* 209

— III. — *La théorie du motif objectif de M. Bonnard*.... 212

— IV. — *L'explication de M. Réglade*..... 223

Appendice. — *La théorie de M. Roques : la cause, motif officiel* 226

CHAPITRE III

Examen de quelques opinions, notamment d'auteurs italiens sur la cause en droit administratif : la cause et l'intérêt public.. 228

Section I. — *La théorie de la présupposition*..... 232

— II. — *Les théories de la cause-intérêt public*..... 235

Appendice. — *La conception de M. Belin*..... 239

TROISIEME PARTIE

ETUDE CRITIQUE ET ESSAI D'UNE THEORIE DE LA CAUSE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS..... 243

INTRODUCTION

Le problème de vocabulaire posé par l'emploi de la notion de cause. 245

Section I. — *Les diverses tendances de la théorie de la cause en droit privé*..... 247

Le droit romain et l'ancien droit..... 248

La théorie classique de la cause..... 251

Les Anticausalistes..... 254

La conception de M. Capitant 257

La conception de M. Josserand 260

La notion d'équivalence. — Les idées de M. Maury..... 262

PAGES

Section II. — *L'opposition entre les conceptions civilistes de la cause et la conception possible en droit administratif : la méthode à suivre*..... 270

CHAPITRE PREMIER

La valeur et l'utilité de la notion de cause en droit administratif. 275

Section I. — *Critique de l'explication subjective de la jurisprudence de la cause par le motif ou le but*.... 281

Sous-Section I. — Critique de la théorie des motifs déterminants de M. Jèze..... 281

Sous-Section II. — Critique de la théorie du but d'après le Doyen Duguit..... 287

— II. — *Critique de l'explication de la jurisprudence de la cause par la théorie du motif objectif et de la compétence objective*..... 296

CHAPITRE II

La distinction de la cause et du but en droit administratif..... 304

Section I. — *La relation entre les situations objectives de fait ou de droit et les actes administratifs : le droit administratif est un système d'où le principe de l'autonomie de la volonté est absent*..... 304

— II. — *La persistance des éléments subjectifs dans l'acte administratif, notamment de l'élément but*.... 321

— III. — *La persistance des éléments subjectifs dans l'acte administratif* (suite) : *le pouvoir discrétionnaire.* 329

Conclusions 337

CHAPITRE III

La notion de catégorie : son rôle en droit administratif..... 339

Section I. — « *Le procédé technique* » *de la catégorie*..... 339

— II. — *Le rôle des catégories en droit administratif : la cause catégorique*..... 343

CHAPITRE IV

Essai d'une théorie juridique de la cause en droit administratif.... 361

Section I. — *Analyse de la définition proposée*..... 361

1° La cause est la situation objective de fait ou de droit..... 362

2° La cause est la situation qui est à la base de l'acte 364

PAGES

3° Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, la cause a pour effet de déterminer, soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie de cet acte..... 365

Section II. — *Justification de cette définition* 368

— III. — *Les nullités de la décision exécutoire à raison de l'inexistence ou de l'illicéité de la cause*..... 372

— IV. — *Existe-t-il des actes sans cause ?*..... 382

CHAPITRE V

Les possibilités d'extension et les limites de la théorie de la cause. 387

Section I. — *Les cas d'application de la cause dans la matière des décisions exécutoires*..... 388

— II. — *Les limites de la théorie de la cause : les éléments subjectifs de l'acte : pouvoir discrétionnaire et but*..... 401

CHAPITRE VI

La cause dans les opérations administratives à aspect économique. 415

Section I. — *La cause dans les contrats administratifs*..... 416

— II. — *La notion de cause dans la théorie administrative de l'enrichissement sans cause*..... 422

QUATRIEME PARTIE

LE SENS ET LE ROLE DE LA NOTION DE CAUSE DANS L'ORGANISATION JURIDIQUE..... 431

CHAPITRE PREMIER

Les relations de la cause et du but dans l'acte administratif.... 433

Section I. — *La finalité dans l'acte juridique*..... 433

— II. — *La directive d'intérêt public et sa traduction dans la technique de l'acte administratif*..... 442

— III. — *L'acte de droit public et l'acte de droit privé diffèrent-ils par leur structure juridique ?*..... 447

— IV. — *L'intérêt public est-il la cause unique des actes administratifs ?* 457

CHAPITRE II

L'unité fondamentale de la notion de cause..... 462

PAGES

Section I. — *La causalité juridique*..... 463

— II. — *Le problème de la « justification »*..... 471

— III. — *La notion de justice*..... 479

— IV. — *Le contenu de la notion de cause en droit privé et en droit public*..... 487

— V. — *L'unité « fonctionnelle » de la notion de cause*.. 493

Abréviations usuelles dans le cours de l'ouvrage..... 496

Bibliographie 496

TOULOUSE
Imprimerie Henri CLÉDER
28, RUE DE LA POMME, 28
1934